

VU Research Portal

De communicatieve strafrechter

Borgers, M.J.

published in

Controverses rondom legaliteit en legitimatie
2011

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J. (2011). De communicatieve strafrechter. In *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (pp. 103-185). (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging; No. 2011-1). Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging

141e jaargang/2011-I

Controverses rondom legaliteit en legitimatie

Preadviezen van

Wim J.M. Voermans
M.J. Borgers
C.H. Sieburgh

Kluwer - Deventer - 2011

De communicatieve strafrechter

Over de actuele betekenis van het legaliteitsbeginsel in het materiële strafrecht, de beslissingsvrijheid van de rechter en de interactie tussen wetgever en rechter

M.J. Borgers¹

Inhoudsopgave

1	Vooraf	105
2	Inleiding	105
2.1	Het basismodel	105
2.2	Vraagstelling	107
3	Het basismodel in de praktijk van de strafrechtspleging	108
3.1	De wetgever	108
3.2	De rechter	114
3.3	Het basismodel opnieuw bezien	119
4	Vage strafbaarstellingen	121
4.1	Wat zijn vage strafbaarstellingen?	121
4.2	Toepassing van het bepaaldheidsgebod	122
4.3	Het operationaliseren van vage strafbaarstellingen	124
5	Vage randen van strafbaarstellingen	127
5.1	Wat zijn de vage randen van strafbaarstellingen?	127
5.2	Hoe gaat de rechter om met vage randen?	129
5.2.1	<i>Eerste observatie: stellige presentatie van de uitkomst</i>	130
5.2.2	<i>Observatie 2: geringe aandacht voor casuïstiek</i>	132

1. Hoogleraar straf(proces)recht, Vrije Universiteit Amsterdam. Graag zeg ik dank aan degenen die in enigerlei vorm commentaar hebben geleverd op eerdere versies van dit preadvies: mijn collega-preadviseurs, de leden van de NJV-voorbereidingscommissie, alsmede Ivo Giesen, Elisa Hoving, Jaap de Hullu, Klaas Rozemond, Elies van Sliedregt en Khalid van Willigenburg. Ik noem voorts de deelnemers aan de onderzoekslunch van de afdeling Strafrecht & Criminologie van de VU van 18 februari 2010 en de leden van de 'leesclub' van de sectie strafrecht van de VU. Ik ben hen erkentelijk voor de bijdrage die zij – soms ongemerkt – hebben geleverd aan de gedachtevorming waarvan dit preadvies een neerslag vormt. Het onderzoek is afgesloten op 1 januari 2011.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

6	(Te) ruime strafbaarstellingen	138
6.1	Wat is het probleem?	138
6.2	(Te) ruime strafbaarstellingen in de rechtspraak	140
6.2.1	<i>Enkele voorbeelden</i>	140
6.2.2	<i>Niet-problematiserende uitspraken</i>	142
6.2.3	<i>Het aanbrengen van beperkingen</i>	145
6.2.4	<i>Slotsom: de rechter als evenwichtskunstenaar</i>	147
7	Voorzienbaarheid	148
7.1	Rechtszekerheid en het perspectief van de burger	148
7.2	De stand van zaken	148
7.3	Verplaatsing van de bakens?	151
8	Synthese: de interactie tussen wetgever en rechter	155
8.1	Enkele rode draden	155
8.2	Van basismodel naar samenwerkingsmodel	158
8.3	Van basismodel naar communicatiemodel	162
8.4	Tegenwerpingen	165
8.4.1	<i>Komt de rechter op de verkeerde stoel te zitten?</i>	165
8.4.2	<i>Een te intensieve bemoeienis met het werk van de wetgever?</i>	167
8.4.3	<i>Levert meer communicatie meer hoofdbrekens op?</i>	169
8.5	Kortom: van basismodel naar interactiemodel	171
9	Tot slot	172
	Aangehaalde literatuur	175

1 Vooraf

Is een strafbaarstelling van de strekking dat men zich (in de trein en op het station) niet onbehoorlijk mag gedragen, voldoende bepaald om op basis daarvan strafrechtelijke aansprakelijkheid aan te kunnen nemen? Kunnen virtuele voorwerpen uit de *online game* RuneScape worden aangemerkt als goederen zoals bedoeld in de aloude strafbaarstelling van diefstal? Bestaat er aanleiding voor de strafrechter om beperkingen aan te brengen in de reikwijdte van de wel erg ruim uitgevallen strafbaarstelling van witwassen? Voor de beantwoording van deze uiteenlopende vragen, die alle nog nader aan de orde komen, is één klassiek rechtsbeginsel van grote betekenis: het legaliteitsbeginsel. Het belang van dit beginsel voor de strafrechtspleging kan nauwelijks worden overschat. Maar dat betekent niet dat de betekenis van het legaliteitsbeginsel voor de praktijk van het strafrecht eenduidig is en zich dus in een enkele pennestreek laat schetsen. Dit preadvies gaat nader in op de actuele betekenis van het legaliteitsbeginsel in relatie tot de beslissingsvrijheid van de strafrechter en de verhouding tussen wetgever en rechter.

2 Inleiding

2.1 Het basismodel

Het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel kent niet alleen een hecht fundament – artikel 1 Sr, artikel 16 Grondwet, artikel 7 EVRM en tegenwoordig ook artikel 49 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie –, het vormt ook een rustig bezit in het strafrecht.² In een recente beschouwing brengt Kristen naar voren dat het legaliteitsbeginsel ‘als hoeksteen van de strafrechtspleging (...) nog steeds de bouwwerk verstevigende rol vervult’.³ De Hullu noteert in zijn handboek dat het fundament van het legaliteitsbeginsel ‘op zichzelf hecht verankerd en niet omstreden’ is.⁴

Dit fundament bestaat in de kern uit twee met elkaar vervlochten grondslagen: het verschaffen van rechtszekerheid en het bieden van rechtsbescherming tegen machtsmisbruik door de overheid.⁵ Dat aan deze princi-

2. Ter voorkoming van misverstanden: het *materieelrechtelijke* legaliteitsbeginsel, waarover in de hoofdttekst wordt gesproken, moet worden onderscheiden van het *materiële* legaliteitsbeginsel in de zin van het positieve wetgevingsvoorbehoud waarover collega Voermans in paragraaf 4 van zijn preadvies schrijft.
3. Kristen 2010a, p. 645. De beschouwing van Kristen omvat overigens ook het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel.
4. De Hullu 2009, p. 107.
5. Groenhuijsen 1987, p. 26-31 voegt hieraan nog enkele andere grondslagen toe. Zie voorts Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 11-16.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

pes veel belang wordt gehecht, hangt nauw samen met het feit dat in het strafrecht sprake is van een ingrijpende vorm van machtsuitoefening: het vaststellen van strafrechtelijke aansprakelijkheid maakt niet alleen de oplegging en tenuitvoerlegging van stevige sancties mogelijk, voorafgaand aan die vaststelling kunnen ook diverse bevoegdheden worden aangewend die fundamentele rechten en vrijheden in aanmerkelijke mate verkorten. Het legaliteitsbeginsel beoogt eerst en vooral de belangen van burgers te beschermen. Maar het beginsel heeft tegelijkertijd betekenis vanuit het oogpunt van rechtshandhaving: het stellen van duidelijke en concrete normen en het in vooruitzicht stellen van bestraffing in geval van overtreding van die normen, dragen – in elk geval in theorie – eraan bij dat burgers zich aan het recht conformeren.⁶

Naar algemeen wordt aangenomen, vloeien uit het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel verschillende principes of deelnormen voort, die zich enerzijds tot de wetgever en anderzijds tot de strafrechter richten.⁷ Aldus is het legaliteitsbeginsel van grote betekenis voor de taak en de positie van de wetgever en de rechter binnen het strafrecht. Men zou kunnen stellen dat het legaliteitsbeginsel in zekere zin een basismodel – men zou ook kunnen zeggen: een basispatroon of een fundamenteel uitgangspunt – verschaft voor die taak en positie.⁸ De wetgever dient te voorzien in een duidelijke en concrete formulering van gedragsnormen waarvan de overtreding tot strafbaarheid leidt. Tevens moet de wetgever zich onthouden van het met terugwerkende kracht voorzien in strafbaarstellingen en strafbedreigingen.

De rechter dient op zijn beurt alleen strafbaarheid aan te nemen op grond van wettelijke (en dus niet ongeschreven) strafbaarstellingen. Bij de toepassing van strafbaarstellingen is het onvermijdelijk dat de tekst van de wet uitleg behoeft. Het uitgangspunt daarbij is dat die uitleg restrictief is en dat de rechter dus zo dicht mogelijk bij de tekst van de wet blijft. De rechter dient er in elk geval voor te waken dat hij aan de gedragsnorm een andere betekenis geeft dan de wetgever daaraan heeft toegekend. De door de wetgever verschaft norm mag, anders gezegd, niet uit zijn verband worden getrokken. Wijziging van de inhoud van de norm is de taak en de verantwoordelijkheid van de wetgever, niet die van de rechter.

In dit basismodel laten de taken en de verantwoordelijkheden van respectievelijk de wetgever en de rechter zich dus duidelijk van elkaar onderscheiden. Wellicht zou men mogen spreken van een zekere verticale verhouding: de wetgever creëert de normen en de rechter past deze 'slechts' toe. De rechter is dan ook niet bij machte om de betekenis van die normen wezenlijk te veranderen of in verregaande mate in te kleuren. Deze begren-

6. Rozemond 1999, p. 124. Vgl. ook Groenhuijsen 1987, p. 28-29.

7. Zie voor een nadere uitwerking onder andere De Hullu 2009, p. 85-106 en Kristen 2010a, p. 642-643.

8. Vgl. Groenhuijsen 1987, p. 15 en Claes 2003, p. 27-29.

M.J. Borgers

zing van de rechterlijke interpretatievrijheid kan tot gevolg hebben dat de reikwijdte van de desbetreffende strafbaarstelling beperkter (of juist ruimer) moet worden gehouden dan wellicht wenselijk wordt bevonden. Indien een verandering wenselijk wordt bevonden, kan de rechter weinig anders doen dan de kwestie onder de aandacht van de wetgever te brengen. De beslissingsvrijheid van de rechter is, zo bezien, tamelijk beperkt. Daar waar er ‘gaten’ in de strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake van bepaalde gedragingen blijken te zitten, is het de verantwoordelijkheid van de wetgever om – desgewenst – die gaten te dichten. Betoogd kan worden dat aldus recht wordt gedaan aan het democratiebeginsel, in die zin dat het aan de democratisch gelegitimeerde wetgever wordt gelaten om de grenzen van de overheidsmacht af te bakenen en dat wordt voorkomen dat de rechter op de stoel van de wetgever gaat zitten.⁹

2.2 *Vraagstelling*

Geeft het geschetste basismodel ook een adequate beschrijving van de praktijk van de strafrechtspleging? Wie enigszins thuis is in die praktijk, zal onmiddellijk geneigd zijn deze vraag geheel of gedeeltelijk ontkennend te beantwoorden. Om de stand van zaken met een pennestreek te schetsen (een nadere uitwerking volgt nog): vaag en ruim geformuleerde strafbaarstellingen komen veelvuldig voor, terwijl in de rechtspraak weinig weerstand lijkt te bestaan om strafbaarstellingen extensief te interpreteren. Dat roept de vraag op welke consequenties dit heeft voor de verhouding tussen wetgever en rechter. Hoe laat die verhouding zich het beste omschrijven wanneer men naar de praktijk van het strafrecht kijkt? En hoe laat die verhouding zich vervolgens waarderen in het licht van het legaliteitsbeginsel? Het zijn deze vragen die ik in dit preadvies aan de orde wil stellen. Daartoe bespreek ik in paragraaf 3 enkele redenen waarom het basismodel niet (volledig) functioneert in de praktijk van de strafrechtspleging. Daarbij besteed ik niet alleen aandacht aan praktische redenen voor het (dis)functioneren van het basismodel. Het is evenzeer van belang om iets te zeggen over de aard van het rechtsvindingsproces in het strafrecht, mede in het licht van het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel. Het doel van deze inventarisatie is om een begin van een antwoord te geven op de vraag of, en zo ja: in hoeverre en in welke richting, het basismodel bijstelling behoeft.

Hierop volgt een nadere uitwerking aan de hand van een beschouwing over de wijze waarop de rechter omgaat met vage strafbaarstellingen (paragraaf 4), vage randen van strafbaarstellingen (paragraaf 5) en (te) ruime

9. Deze voorstelling van het democratiebeginsel en de trias politica is uiteraard rudimentair. Zie voor meer nuances onder andere Claes 2003, p. 425-429, 462-463 en Rozemond 2008, p. 14-16. In paragraaf 8 komt de (constitutionele) verhouding tussen rechter en wetgever nader aan de orde.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

strafbaarstellingen (paragraaf 6). Ook onderzoek ik op welke wijze in de rechtspraak wordt omgegaan met de voorzienbaarheid van strafrechtelijke aansprakelijkheid, of beter gezegd: het ontbreken daarvan (paragraaf 7). Aan de hand van een inventarisatie van de bevindingen wordt in paragraaf 8 een overkoepelende beschouwing gewijd aan de interactie tussen rechter en wetgever op het terrein van het materiële strafrecht. Met deze beschouwing wordt getracht een antwoord te geven op de centrale vraag hoe de verhouding tussen rechter en wetgever zich laat kwalificeren en waarderen in het licht van het legaliteitsbeginsel.

Volledigheidshalve wijs ik erop dat de ambitie van dit preadvies in meerdere opzichten bescheiden is, en dat terwijl het thema van de jaarvergadering zo veelomvattend is. Dit preadvies beperkt zich allereerst tot het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel. Maar ook met die beperking worden verschillende interessante kwesties en controverses rondom het legaliteitsbeginsel – die vaak ook raken aan thema's van rechtstheoretische aard en kwesties die de grenzen van het hier aan de orde zijnde rechtsgebied overschrijden – niet of slechts beperkt uitgewerkt.¹⁰ De reden voor deze beperkte opzet is overwegend praktisch van aard. De hoeveelheid beschikbare pagina's is namelijk eveneens beperkt. Ik heb er daarom voor gekozen om een (in mijn ogen) intrigerend thema – de verhouding tussen wetgever en rechter – uit te diepen aan de hand van het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel, juist omdat – zoals nog zal blijken – op het vlak van het materiële strafrecht de beslissingsvrijheid van de strafrechter in theorie nogal beperkt lijkt, maar in praktijk tamelijk ruim blijkt te zijn.¹¹

3 Het basismodel in de praktijk van de strafrechtspleging

3.1 De wetgever

In hoeverre functioneert het geschetste basismodel in de praktijk van de strafrechtspleging? Teneinde die vraag te beantwoorden, is het nuttig afzonderlijk te kijken naar de taak en de positie van de wetgever en die van de rechter. De blik wordt allereerst op de wetgever geworpen.

Strafbaarstellingen komen in allerlei soorten en maten voor. Naast concreet en duidelijk geformuleerde bepalingen bestaan er ook vaag, open of

10. Bijvoorbeeld de betekenis van het toenemende regelbestand vanuit de Europese Unie voor de inrichting van de strafwetgeving. Ik stip dit onderwerp slechts zijdelings aan. Verder valt te denken aan de vele boekenkasten vol met geschriften over rechtsvinding en constitutionele beschouwingen over de verhouding tussen rechter en wetgever.

11. In dit preadvies bouw ik voort op enkele eerdere publicaties. Zie Borgers 2003, Borgers 2004, Borgers 2008a, Borgers 2008b, alsmede mijn annotaties onder HR 5 september 2006, *NJ* 2006, 612, HR 2 oktober 2007, *NJ* 2008, 16, HR 7 oktober 2008, *NJ* 2009, 94 en Hof Leeuwarden 10 november 2009, *NJ* 2010, 616.

M.J. Borgers

anderszins ruim geformuleerde strafbaarstellingen.¹² Er is een aantal redenen dat het gebruik van dergelijke strafbaarstellingen kan verklaren. De wellicht belangrijkste reden is dat de wetgever veelal gedragingen beoogt te verbieden die een variëteit aan verschijningsvormen hebben. Het is voor de wetgever niet altijd mogelijk om alle situaties te voorzien waarin de wet toepassing zou moeten vinden.¹³ Daarbij kunnen een gewijzigde maatschappelijke context en technologische veranderingen een rol spelen. Anders gezegd: de wetgever redeneert – noodgedwongen – vanuit een vrij algemeen en statisch beeld en mist de verfijning van de casuïstiek, waarover de rechter in een dynamisch proces wel de beschikking krijgt.

In het verlengde hiervan wordt veelal gesteld dat het hanteren van al te gedetailleerde normen ertoe kan leiden dat de normstelling complex wordt en daardoor mogelijk aan duidelijkheid inboet. Dat klinkt paradoxaal: juist een vaag, open of ruim geformuleerde delictsomschrijving maakt niet precies duidelijk wat de verboden gedraging is.¹⁴ Tegelijkertijd kan niet worden ontkend dat een korte, bondige maar niet geheel sluitende norm soms beter hanteerbaar is dan een lange reeks van gedetailleerde voorschriften.¹⁵ Bovendien stelt de wetgever er in het algemeen vrij veel vertrouwen in dat de rechter bij machte zal zijn om de in de wet neergelegde normen te verfijnen.¹⁶ Illustratief is de volgende opmerking van minister Modderman – aan het einde aan de negentiende eeuw – in een discussie over de betekenis van het delictsbestanddeel ‘mishandeling’: ‘Zeker, zoodra men in bijzonderheden afdaalt, openbaart zich verschil. (...) Maar deze natuurlijke nuances in de toepassing van het begrip kan men gerust aan de beoordeling van den regter overlaten.’¹⁷ Men kan dan ook constateren dat de wet-

12. Met de termen vaag, open en ruim doel ik hier op voorschriften waarvan de betekenis zich niet eenvoudig laat bepalen aan de hand van de tekst van het voorschrift. In paragraaf 4-6 leg ik nader uit wat ik onder die termen versta. Vgl. voor een uitwerking van de varianten waarin een regel ‘vaag’ kan zijn Visser 2001, p. 41-49.
13. Vgl. Van Kreveld 2006, p. 187: ‘Het is immers vaak moeilijk [voor de wetgever; MJB] om vooraf ten volle voor ogen te krijgen welke verscheidenheid aan situaties zich kan gaan voordoen en met welk stelsel en welke voorschriften de gebruikers van de wet behoorlijk uit de voeten kunnen.’
14. Daarbij kan in het bijzonder worden gedacht aan zogeheten gelede normstellingen die in de sfeer van het economisch strafrecht voorkomen. De graad van gedetailleerdheid kan van dien aard zijn dat juist daardoor de kenbaarheid van de norm op het spel komt te staan. Vgl. hierover Visser 2001, p. 103, 136-137, 409.
15. Vgl. voor dit argument ook EHRM 22 oktober 1996, *Cantoni tegen Frankrijk*, appl.nr. 17862/91, overweging 31.
16. Vgl. ook Sackers 2007, p. 140.
17. Smidt 1891, p. 477. Een eigentijds voorbeeld betreft de strafbaarstelling van belaging. Zie daarover paragraaf 6.2. Bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht van 1886 is door minister Modderman bij herhaling naar voren gebracht dat de nadere definitie van bepaalde rechtsbegrippen door de rechter dient te geschieden (terwijl de wetenschap daar ook een rol in vervult). Ook bij latere wetswijzigingen zijn dergelijke opmerkingen te vinden, in het bijzonder waar het gaat om de algemene leerstukken van het materiële strafrecht. Zie hierover, met nadere verwijzingen, Rozemond 2008, p. 14.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

gever bewust de rechter ruimte verschaft om – tot op zekere hoogte – tot rechtsvinding en rechtsvorming over te gaan.¹⁸ In die zin kan ook worden gesteld dat de rechtsvormende taak democratische legitimatie kent. Die legitimatie is er in zekere zin ook indirect, doordat de wetgever vrijwel nooit ingrijpt indien de rechter een strafbaarstelling (zeer) ruim interpreteert.

Wellicht zou ook een meer politieke reden kunnen worden genoemd waarom het werken met ruime en niet al te gedetailleerde normen aantrekkelijk is. Een dergelijke aanpak kan immers bijdragen aan het beeld van een daadkrachtige aanpak van criminaliteit, in elk geval meer dan een benadering waarin de aandacht vooral uitgaat naar de fijne details van de delictsomschrijving vanuit de zorg dat het strafbare gedrag niet precies genoeg wordt omschreven. Iets dergelijks is bijvoorbeeld aan de orde bij onderwerpen zoals het witwassen van misdaadgeld en de aanpak van georganiseerde criminaliteit.¹⁹ Voorts kan erop worden gewezen dat de implementatie van internationale en Europese rechtsinstrumenten er onder omstandigheden toe leidt dat in de nationale wetgeving voorschriften worden opgenomen waarin vage of open termen worden gehanteerd.²⁰ De marge van de wetgever om bij de implementatie voor meer duidelijkheid te zorgen, is beperkt.²¹

Dat er verschillende redenen kunnen worden genoemd die verklaren waarom regelmatig wordt gewerkt met vaag, open of anderszins ruim

18. Ik hanteer in dit preadvies de begrippen rechtsvinding en rechtsvorming (en ook rechtsontwikkeling) naast elkaar. Hoewel met deze begrippen een zeker accentverschil kan worden aangebracht, wil ik geenszins beweren dat rechtsvinding en rechtsvorming een van elkaar te scheiden betekenis hebben. Dat heeft ermee van doen dat geen strikte scheidslijn kan worden getrokken tussen enerzijds het toepassen van het recht en anderzijds het creëren van recht.
19. Gedacht kan ook worden aan de recente introductie van artikel 141a Sr. Aan die strafbaarstelling zitten allerlei 'technische' haken en ogen, terwijl de tekst van deze delictsomschrijving, in het licht van de beweegredenen achter de introductie van artikel 141a Sr, veel ruimer uitpakt dan nodig is. Een goede afbakening van de strafbaarstelling en een doordachte inbedding daarvan in het Wetboek van Strafrecht zijn ondergeschikt gemaakt aan de politieke wil om voetbalgerelateerd geweld straf aan te pakken. Zie nader Keulen 2009 en *Kamerstukken I* 2009/10, 31 467, G, p. 7-12.
20. Zie hierover Van Kempen 2003, p. 249-250. Tegelijkertijd geldt – uiteraard – dat het legaliteitsbeginsel en in het bijzonder het *lex certa*-vereiste ook weer kunnen gelden als richtsnoer bij (de onderhandelingen over) de totstandkoming van rechtsinstrumenten die nopen tot het strafbaar stellen van gedragingen. Zie daarover Verheijen 2006, p. 318-323.
21. Zie nader over de implementatie van richtlijnen en kaderbesluiten in het strafrecht Borgers 2006. Indien de wetgever vanwege een nadere concretisering van de in de richtlijn of het kaderbesluit voorgeschreven norm komt tot een afwijkende omzetting, leidt dit op zichzelf weer tot rechtsonzekerheid. Alsdan rijst de vraag of de plicht tot (kaderbesluit- of richtlijn)conforme interpretatie noopt tot een van de tekst van de wet afwijkende uitleg. Vgl. Kristen 2010a, p. 644.

M.J. Borgers

geformuleerde strafbaarstellingen, betekent niet dat deze praktijk vanuit het oogpunt van het legaliteitsbeginsel als vanzelfsprekend zou moeten worden beschouwd. Visser wijst erop dat het argument dat het gebruik van vage en open termen in strafbaarstellingen onvermijdelijk is, 'het risico van lijdzaamheid voor de wetgever' in zich draagt. Het beproeven of een scherpere formulering mogelijk is, zou nog wel eens achterwege blijven.²² Kristen brengt terecht onder de aandacht dat het opmerkelijk is dat de wetgever op het terrein van de strafvordering zich het belang van nauwkeurig en duidelijk geformuleerde wettelijke bepalingen wél heeft aangetrokken, getuige de 'massieve wetgevingsoperatie' waarmee de bijzondere opsporingsbevoegdheden zijn geregeld. In schril contrast daarmee staat het gebruik van vaag, open en anderszins ruim geformuleerde delictsomschrijvingen in de materiële strafwetgeving.²³

Hier wordt een interessant punt aangestipt. De wetgevingsoperatie waarvan Kristen refereert, betreft uiteraard de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden. De aanleiding voor die wet was, zoals bekend mag worden verondersteld, politiek van aard: het was de politieke verontwaardiging omtrent de in de eerst helft van de jaren negentig van de afgelopen eeuw gebleken ontsporing van de opsporing, en de daarop volgende parlementaire enquête die ervoor hebben gezorgd dat een uitvoerige wettelijke regeling is ingevoerd. Deze codificatie is niet 'afgedwongen' doordat veelvuldig uit rechterlijke beslissingen zou zijn gebleken dat opsporingsmethoden een toereikende wettelijke basis ontbeerden en om die reden als onrechtmatig werden aangemerkt.²⁴ Diverse nieuwe opsporingsmethoden werden in de rechtspraak aanvaard niettegenstaande het ontbreken van een gedetailleerde wettelijke regeling, zij het dat in de rechtspraak wel zekere grenzen zijn getrokken met betrekking tot de toepassingsmogelijkheden van die methoden.²⁵

Ten aanzien van het materiële strafrecht heeft niet een politiek momentum plaatsgevonden dat vergelijkbaar is met de crisis in de opsporing. Dat heeft wellicht mede van doen met het feit dat in het materiële strafrecht

22. Visser 2001, p. 96. Vgl. ook Sackers 2007, p. 126: 'Het *lex certa*-beginsel ofwel het *Bestimmtheitsgebot* is een gebod tot wetgevingskwaliteit, het mag niet verworpen tot een EHBO-does voor de rechter.'

23. Kristen 2010a, p. 644.

24. Rozemond spreekt in dit verband van 'een ontmaskering van de rechtspraak' door het rapport van de parlementaire enquêtecommissie, zie Rozemond 1998, p. 180. Rozemond betoogt – kort gezegd – dat de Hoge Raad zich onvoldoende gelegen heeft laten liggen aan het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel en de daarmee samenhangende uitgangspunten zoals die voortvloeien uit de Straatsburgse rechtspraak. Vgl. voor een nadere beschouwing van de aanleiding van de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden Buruma 2001, p. 2-9.

25. Daarbij verdient aantekening dat in de rechtspraak ook geen volledig zicht bestond op de opsporingspraktijk. Deze relativering wordt ook naar voren gebracht door Rozemond 1998, p. 182.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

minder vaak ‘grote’ thema’s aan de orde zijn die (relatief eenvoudig) tot politieke commotie leiden. Wat daar ook van zij, het introduceren van vaag, open of anderszins ruim geformuleerde strafbaarstellingen stuit bij de parlementaire behandeling van wetsvoorstellen doorgaans niet op fundamentele bezwaren. Ook pleegt de rechter niet het vuur na aan de schenen van de wetgever te leggen. Veelzeggend is de constatering van De Hullu dat klachten van de strekking dat een strafbaarstelling in strijd is met het bepaaldheidsgebod – ook aangeduid als het *lex certa*-vereiste of het *Bestimmtheitsgebot* – ‘in concrete strafzaken eigenlijk nooit [worden] gehonoreerd’.²⁶ Illustratief is de argumentatie die de Hoge Raad bezigt in het zogeheten kruisla-arrest, in reactie op de klacht in het cassatiemiddel dat de aan de orde zijnde strafbaarstelling in strijd is met het *lex certa*-vereiste.²⁷ Na artikel 7 EVRM, artikel 1 lid 1 Sr en artikel 16 Grondwet te hebben aangehaald, overweegt de Hoge Raad als volgt:

‘In deze voorschriften ligt onder meer het zogenaamde bepaaldheidsgebod besloten. Dit houdt in dat de burger moet kunnen weten ter zake van welke gedragingen hij kan worden gestraft. De rechtszekerheid eist dit. Van de wetgever mag worden verlangd dat hij met het oog daarop op een zo duidelijk mogelijke wijze delicten omschrijft. Daarbij moet niet uit het oog worden verloren dat de wetgever soms met een zekere vaagheid, bestaande in het bezigen van algemene termen, delicten omschrijft om te voorkomen dat gedragingen die strafwaardig zijn buiten het bereik van de delictsomschrijving vallen. Die vaagheid kan onvermijdelijk zijn, omdat niet altijd te voorzien is op welke wijze de te beschermen belangen in de toekomst zullen worden geschonden en omdat, indien dit wel is te voorzien, delictsomschrijvingen anders te verfijnd worden met als gevolg dat de overzichtelijkheid wegvalt en daarmee het belang van de algemene duidelijkheid van de wetgeving schade lijdt.’

Aldus blijkt dat de eerder in deze paragraaf genoemde redenen voor het werken met vaag, open of anderszins ruim geformuleerde strafbaarstellingen door de Hoge Raad zonder voorbehoud worden erkend. Van een daadwerkelijke toetsing aan het bepaaldheidsgebod is – zoals nog nader aan de orde zal komen – nauwelijks sprake.²⁸

Tegelijkertijd geldt dat de marges voor de aanvaarding van een beroep op rechtsdwaling uiterst klein zijn. Een dergelijk beroep lijkt alleen te worden gehonoreerd indien de burger zich daadwerkelijk op de hoogte heeft laten stellen van de geldende normen, maar daarbij onjuist is geïnformeerd door personen of instanties met een zodanig gezag dat de burger in redelijkheid

26. De Hullu 2009, p. 92.

27. HR 31 oktober 2000, *NJ* 2001, 14. Zie nader over dit arrest Groenhuijsen & Kristen 2001.

28. Zie paragraaf 4.2.

M.J. Borgers

op de deugdelijkheid van het advies mocht vertrouwen.²⁹ De lankmoedige houding van de Hoge Raad tegenover vaag, open of anderszins ruim geformuleerde strafbaarstellingen in combinatie met de terughoudendheid in het aanvaarden van een beroep op rechtsdwaling lijkt te impliceren dat aan de rechtszekerheid van de burger – in die zin dat hij aan de hand van de wettelijke normen desgewenst kan vaststellen of hij in een bepaalde situatie al dan niet strafbaar handelt – niet veel gewicht wordt toegekend. In elk geval geldt dat de burger zich geenszins veilig mag wanen wanneer hij zijn gedrag uitsluitend op de tekst van de wet zou afstemmen.

Van belang is ook dat het argumentatiepatroon van de Hoge Raad zoals dat naar voren komt in de hierboven geciteerde overweging uit het krulsalarrest, eveneens herkenbaar is in de rechtspraak van het EHRM. Enerzijds wordt onderstreept dat strafbaarstellingen helder en duidelijk in de wet moeten worden omschreven. Anderzijds wordt een behoorlijke marge gelaten om te werken met strafbaarstellingen die in vage of open termen worden geformuleerd.³⁰ Een dergelijk patroon herkent men bijvoorbeeld ook in de Duitse rechtspraak, niettegenstaande het feit dat dat in Duitsland strafbaarstellingen strenger dan in Nederland plegen te worden getoetst aan het (constitutioneel verankerde) materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel.³¹ Uiteraard mogen (de nuances in) de overeenkomsten en verschillen tussen de uitleg van het legaliteitsbeginsel in de Nederlandse, Straatsburgse en Duitse rechtspraak geenszins uit het oog worden verloren. Niettemin lijkt men te mogen vaststellen dat breed wordt aanvaard dat het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel een behoorlijke marge aan de wetgever laat om te werken met vage en open normen of anderszins ruim geformuleerde strafbaarstellingen. Kortom: het bepaaldheidsgebod wordt niet opgevat als een rigide norm, noch door de wetgever, noch door de rechter.

29. Zie nader De Hullu 2009, p. 357-360, en voorts paragraaf 7.2.

30. Zie bijvoorbeeld EHRM 25 mei 1993, Kokkinakis tegen Griekenland, appl.nr. 14307/88, overweging 40, nadien vele malen herhaald. Een recent overzicht van de rechtspraak van het EHRM treft men aan in EHRM 17 september 2009, Scoppola tegen Italië (no. 2), appl.nr. 10249/03, ECHR 2009, 123 m.nt. C. Peristeridou & T. Spronken, AB 2010, 102 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik. Zie in het bijzonder overweging 100: 'In consequence of the principle that laws must be of general application, the wording of statutes is not always precise. One of the standard techniques of regulation by rules is to use general categorisations as opposed to exhaustive lists. That means that many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent are vague, and their interpretation and application depend on practice (...). Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances.' Zie ook Cromheecke & Dhont 2004, p. 669-672 en Bleichrodt 2006, p. 653-656.

31. Een recent voorbeeld betreft de uitspraak van het *Bundesverfassungsgericht* in een zaak waarin het gaat om de delictomschrijving van *Untreue* (§ 266 StGB). Zie BVerfG 23 juni 2010, BvR 2559/08, in het bijzonder Rn. 73-74.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

3.2 *De rechter*

Indien de blik (nader) wordt verlegd van de wetgever naar de rechter, kan allereerst worden geconstateerd dat, ook al zijn er uitspraken voorhanden waarin nadrukkelijk wordt gekozen voor restrictieve interpretatie,³² niet telkens de keuze wordt gemaakt om wettelijke normen terughoudend uit te leggen. Om uiteenlopende redenen vindt er ook ruime of extensieve interpretatie plaats. Soms heeft dat van doen met de behoefte om (kennelijke) fouten of ongelukkige formuleringen in de tekst van strafbaarstellingen niet fataal te laten zijn, dan weer wordt beoogd teksten uit vervlogen tijden toepasselijk te doen zijn op de actuele werkelijkheid en ook komt het voor dat een extensieve interpretatie ertoe strekt om – in het belang van een effectieve strafrechtspleging – de reikwijdte van een strafbaarstelling niet onnodig beperkt te laten zijn.³³

In de rechtspraak van de Hoge Raad treft men nauwelijks – algemene – overwegingen of beschouwingen aan met betrekking tot de mogelijkheden en de grenzen van de interpretatie van de strafwet.³⁴ Het is niettemin duidelijk dat de Hoge Raad het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel niet beschouwt als een structurele belemmering voor extensieve wetsuitleg. Het lijkt niet al te gewaagd om te veronderstellen dat de Hoge Raad – in ieder geval in grote lijnen – de zienswijze van het EHRM zal delen omtrent de positie van de rechter bij de uitleg van de wet. Die zienswijze kent als vertrekpunt dat er sprake is van ‘an inevitable element of judicial interpretation’. Die onvermijdelijkheid houdt er allereerst mee verband dat wettelijke bepalingen, hoe nauwkeurig de wetgever die ook zou trachten te formuleren, altijd weer vragen oproepen omtrent de precieze betekenis van onderdelen van die bepalingen. Voorts is het noodzakelijk om de betekenis van de norm bij de tijd te houden en dus bij de uitleg rekening te houden met veranderende omstandigheden. Het EHRM beschouwt het bij uitstek als de taak van de rechter om de twijfels die aldus kunnen ontstaan omtrent de betekenis van de strafrechtelijke gedragsnorm, weg te nemen. Op die wijze draagt de rechtspraak bij aan ‘the gradual development of criminal law’. Artikel 7 EVRM verzet zich hier niet tegen, aldus het EHRM. Wel wordt vereist dat het resultaat van de rechterlijke interpretatiearbeid in

32. Zie bijvoorbeeld HR 9 februari 1988, *NJ* 1988, 613 m.nt. GEM, HR 29 november 1994, *NJ* 1995, 292 m.nt. ‘tH en HR 2 december 1997, *NJ* 1998, 306.

33. Zie voor een overzicht De Hullu 2009, p. 104-106.

34. Dat neemt niet weg dat de Hoge Raad in sommige uitspraken wel uitvoerig motiveert hoe hij tot een bepaalde beslissing komt. Uit die motivering kan men dan het nodige afleiden over de gezichtspunten die de Hoge Raad in acht neemt bij de uitleg van de wet. Het voorbeeld bij uitstek is het mensenroofarrest, HR 20 november 2001, *NJ* 2003, 632 m.nt. PMe en R. de Lange. Juist vanwege de uitvoerige motivering heeft dit arrest veel discussie uitgelokt. Zie naast de annotatie van Mevis en De Lange, ook Borgers 2004, Dolman 2004 en Cleiren 2008.

M.J. Borgers

overeenstemming is met ‘the essence of the offence’ en ook redelijkerwijs voorzienbaar is geweest.³⁵

De positie van de rechter laat zich ook vanuit een meer theoretisch perspectief beschouwen. De interpretatieve vrijheid die de strafrechter zich soms permitteert, kan aan de hand van het legaliteitsbeginsel worden geproblematiseerd. Dit beginsel strekt ertoe, zo kan worden betoogd, dat het de wetgever en niet de rechter is die het bereik van een strafbaarstelling bepaalt. Om die reden zou men kunnen stellen dat de rechter een min of meer ‘legistische’ positie dient in te nemen. Het legisme dient daarbij niet te worden verward met letterknechterij of mechanische wetstoepassing.³⁶ In het legisme wordt tot uitgangspunt genomen dat de verantwoordelijkheid voor de rechtsontwikkeling bij de wetgever en niet bij de rechter ligt. De rechter stelt de betekenis van de wettelijke norm vast op grond van de bewoordingen van de wet, bezien in het licht van met name de wetsgeschiedenis, en daarnaast ook de wetssystematiek alsmede het doel en de strekking van de wet. Daarbij geldt als beslisregel dat indien de betekenis van de wettelijke norm zich aldus niet eenduidig laat vaststellen, de rechter de minst vergaande uitleg kiest of – in het uiterste geval – de norm terzijde schuift.³⁷ Tegen deze achtergrond zou kunnen worden betoogd dat de rol van de rechter zoals die naar voren komt in de rechtspraak van het EHRM, niet past bij het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel van artikel 1 lid 1 Sr. Daartoe zou kunnen worden aangevoerd dat die rechtspraak is toegesneden op de rol die de rechtspraak speelt in Angelsaksische rechtssystemen,³⁸ terwijl

35. Zie onder andere EHRM 27 oktober 1995, C.R. tegen Verenigd Koninkrijk, appl.nr. 20190/92, *NJ* 1997, 1 m.nt. Kn, overweging 34 en voorts, met verwijzingen naar eerdere rechtspraak, overwegingen 100-101 in EHRM 17 september 2009, Scoppola tegen Italië (no. 2), appl.nr. 10249/03, *ECHR* 2009, 123 m.nt. C. Peristeridou & T. Spronken, *AB* 2010, 102 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik. Vgl. voorts Cromheecke & Dhont 2004, p. 672-679. Het gewicht dat het EHRM toekent aan de voorzienbaarheid, komt in paragraaf 7 nader aan de orde.
36. Opzoomer 1873, p. 193 drukt het aldus uit: ‘Ofschoon de rechter volgens de wet recht moet spreken, is hij daarom tot geen dienaar harer letter vernederd.’ Vgl. in dit verband ook Strikwerda 1974 en Bokhorst 2000.
37. Groenhuijsen & Wiemans 1989, p. 109. Deze beslisregel komt ook duidelijk naar voren in de Duitse rechtspraak. Zie BVerfG 23 juni 2010, BvR 2559/08, Rn. 78: ‘Der Gesetzgeber und nicht der Richter ist zur Entscheidung über die Strafbarkeit berufen (...). Den Gerichten ist es verwehrt, seine Entscheidung zu korrigieren (...). Sie müssen in Fällen, die vom Wortlaut einer Strafnorm nicht mehr gedeckt sind, zum Freispruch gelangen und dürfen nicht korrigierend eingreifen (...)’. Een dergelijke benadering herkent men voorts in oudere rechtspraak van de Hoge Raad, zie onder andere HR 21 januari 1929, *NJ* 1929, p. 709 en HR 9 maart 1948, *NJ* 1948, 367.
38. Zie bijvoorbeeld EHRM 12 februari 2008, Kafkaris tegen Cyprus, appl.nr. 21906/04, *NJ* 2009, 90 m.nt. T.M. Schalken, overweging 139-140. Vgl. over de invloed van *common law* op de wijze waarop het EHRM uitleg geeft aan artikel 7 EVRM onder andere Bleichrodt 2006, p. 654-655 en Murphy 2010, p. 194. Zie voorts Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 17-18.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

het legaliteitsbeginsel van artikel 1 lid 1 Sr strengere eisen stelt vanwege het hierin gebezigde wetsbegrip.³⁹

Deze 'legistische' opvatting is voorwerp van kritiek.⁴⁰ In de kern luidt die – juridisch-hermeneutische⁴¹ – kritiek dat om verschillende redenen de wet en daarmee ook de woorden van de wet een zekere openheid kennen. Wettelijke normen krijgen eerst betekenis in confrontatie met de feiten en met maatschappelijke en technologische ontwikkelingen. Dat heeft tot gevolg dat interpretatie van wettelijke normen onvermijdelijk is, waarbij een scherp onderscheid tussen restrictieve en extensieve interpretatie lastig valt aan te brengen, en ook dat casuïstiek onvermijdelijk een belangrijke rol speelt.⁴² Daarmee wordt rechtszekerheid als waarde niet opgegeven. Ook uitgaande van de hier geschetste positie mag van de rechter worden verlangd dat hij zich bij de toepassing van de wet oriënteert op de tekst van de wet, de wetsgeschiedenis, de wetssystematiek alsmede het doel en de strekking van de wet. Aanvaard moet echter worden dat het recht voor een belangrijk deel in de rechtspraak vorm krijgt en dat derhalve rechtszekerheid niet eenvoudig kan worden bewerkstelligd met – door het bepaaldheidsgebod ingegeven – scherpe wettelijke normen. Dat heeft ook implicaties voor de voorzienbaarheid: de burger moet worden geacht tot op zekere hoogte rekening te houden met het feit dat een norm in de rechtspraak wordt geconcretiseerd. De tekst van de wet alleen is niet het kompas waar men blind op kan en mag varen. De zienswijze van het EHRM sluit, gelet op het gewicht dat daarin wordt toegekend aan de interpretatieve arbeid van de rechter, tot op grote hoogte bij (het resultaat van) de hier geschetste juridisch-hermeneutische benadering.

39. Dit wordt benadrukt door Visser 2001, p. 91-92, 101, 433. Vgl. voorts onderdeel 3 van de noot van Knigge onder EHRM 22 november 1995, C.R. tegen Verenigd Koninkrijk, appl.nr. 20190/92, *NJ* 1997, 1, Groenhuijsen & Kristen 2001, p. 340, 345 en De Hullu 2009, p. 84.
40. Deze en de navolgende alinea's grijpen terug op Borgers 2008b. Nadere bronverwijzingen treft men aldaar aan. In aanvulling op die bronverwijzingen wijs ik op Loth 2009. Voorts breng ik de zeer leeswaardige Belgische dissertatie van Claes (2003) onder de aandacht. In deze studie wordt de betekenis van het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel voor de interpretatieve arbeid van de rechter vanuit diverse rechtstheoretische gezichtspunten aan een uitvoerige analyse onderworpen. Een compacte weergave van zijn bevindingen betreft Claes 2004.
41. De aanduiding 'juridisch-hermeneutisch' neem ik over van Witteveen 2001, p. 365. In de juridische hermeneutiek wordt het rechtsvindingsproces opgevat als 'een complex proces van interactie tussen norm en feit'. Zie Van Klink 2001, p. 202-203.
42. Claes 2003 wijdt hieraan een paar treffende volzinnen. Op p. 171 schrijft hij: 'Pas na denkbeeldige toepassing van een delictsomschrijving op de feiten, en na een waardenafweging, komt de precieze betekenis en draagwijdte van die delictsomschrijving in het vizier.' En op p. 199: 'De daarin [in de wet; MJB] geïncrimineerde gedraging is de afkorting van een nooit volledig articuleerbare praktijk waarvan de betekenis zich toont in haar gebruik.'

M.J. Borgers

Waar het in het legisme draait om de vaststelling van de betekenis van de woorden van de wet als een stap die vooraf gaat aan de toepassing van de strafrechtelijke norm op de feiten, staat in de juridisch-hermeneutische benadering de relatieve onbepaaldheid van de wettelijke norm voorop en vindt concretisering eerst plaats in confrontatie met de feiten en ook met maatschappelijke en technologische ontwikkelingen. Anders gezegd: waar in de legistische benadering ervan wordt uitgegaan dat de rechter, op de keper beschouwd, niets anders of méér doet dan het toepassen van de wet, wordt in de juridisch-hermeneutische benadering het recht beschouwd als een 'open systeem', waarin het toepassingsbereik van de wet mede afhankelijk is van de berechting van concrete gevallen door de rechter.⁴³ In dit opzicht moeten beide benaderingen duidelijk van elkaar worden onderscheiden. Waar het gaat om het streven naar rechtszekerheid, liggen de beide posities minder ver uiteen. In beide benaderingen wordt het belang van rechtszekerheid op zich onderschreven, al bestaat wel duidelijk verschil van inzicht over de wijze waarop en de mate waarin die rechtszekerheid kan worden bereikt.

De moderne strafrechtsdogmatiek laat zich aan de hand van de zojuist geschetste posities duiden. Enerzijds wordt betrekkelijk veel waarde gehecht aan het legaliteitsbeginsel en de daarmee nauw verbonden fundamentele waarden als rechtszekerheid, voorzienbaarheid en rechtsbescherming.⁴⁴ Anderzijds wordt onderkend dat de mogelijkheden om die waarden te realiseren beperkt zijn. Dat wettelijke normen uitleg behoeven, is onomstreden.⁴⁵ Dat burgers niet uitsluitend de tekst van de wet als richtsnoer van hun handelen kunnen gebruiken, wordt ook niet als zeer problematisch beschouwd. Extensieve interpretatie wordt nogal eens gepresenteerd als een problematisch gegeven, maar daaraan wordt niet zonder meer de conclusie verbonden dat die vorm van interpretatie principieel moet worden afgewezen. Veeleer wordt in dit verband aangedrongen op terughoudendheid en/of een goede motivering. Dat ook op het terrein van het materiële strafrecht sprake is van een 'open systeem' wordt niet volmondig onderschreven, maar ook niet duidelijk weersproken.

Het debat over de toelaatbaarheid van analogische interpretatie is in dit verband wellicht nog het meest illustratief. Aan de ene kant wordt analogische interpretatie geproblematiseerd omdat door het toepassen van een

43. Zie over het 'open systeem' van het recht Scholten 1974, p. 76-77: 'iedere beslissing, ook die welke zogenaamd naar de woorden geschiedt, is tegelijk toepassing en schepping; er is altijd het oordeel van hem, die beslist, dat mede de toepassing bepaalt. (...) Het recht is nooit "af", het verandert dagelijks. Niet alleen door de wetgeving, de bewuste schepping van nieuw recht, ook door de toepassing. We kunnen dat ook zo uitdrukken: het systeem is "dynamisch", niet "statisch" te zien.'

44. In plaats van 'waarden' zou men ook kunnen spreken van 'doelen' of 'functies'. Vgl. het preadvies van collega Voermans.

45. Vgl. Remmelink 1996, p. 65: 'Kortom, elk woord vraagt uitleg (...), en iedere aflevering van de NJ bevestigt deze stelling.'

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

analogie een wettelijke norm uit zijn verband zou worden getrokken en de rechtszekerheid op het spel komt te staan. De huiver voor de analogie is diep geworteld.⁴⁶ Tegelijkertijd wordt onderkend dat een duidelijke grens tussen een (niet-toegelaten) analogische uitleg en een (aanvaardbare) extensieve uitleg niet valt te trekken, juist omdat de woorden van de wet geen eenduidige betekenis hebben. Het legistische streven naar rechtszekerheid door middel van een strikte binding aan de wet wordt aldus tegenover de hermeneutische onvermijdelijkheid van de relatieve onbepaaldheid van de wettelijke norm gesteld. Maar het is uiteindelijk van tweeën één. Ook al wordt dat niet altijd even scherp onderkend en soms zelfs gemaskeerd, toch lijkt de juridisch-hermeneutische benadering in de moderne dogmatiek de overhand te hebben. Hoe krachtig het belang van rechtszekerheid ook wordt onderstreept en hoe hoog dat belang als ideaal wordt aangeslagen,⁴⁷ het besef is alom aanwezig – ook al wordt dat niet altijd expliciet tot uitdrukking gebracht – dat de wet voor meerdere uitleg vatbaar is, dat de contouren van materieel-strafrechtelijke normen zich aftekenen in en door de toepassing van de normen in concrete gevallen en dat in ieder geval een zekere marge bestaat om bij de uitleg van de wet allerhande – ook door de wetgever onvoorziene – feitelijke omstandigheden of maatschappelijk ontwikkelingen te verdisconteren.⁴⁸

Voorts kan nog worden gewezen op het belang dat wordt gehecht aan de noodzaak tot bescherming van fundamentele rechten van burgers door middel van het strafrecht. Mede in het licht van Straatsburgse jurisprudentie⁴⁹

46. Ook in de rechtspraak van het EHRM, waarin toch vooral de juridisch-hermeneutische positie doorklinkt, lijkt analogische interpretatie vrij stellig te worden afgewezen. Vgl. bijvoorbeeld EHRM 17 mei 2010, Kononov tegen Litouwen, overweging 185, waarin het EHRM in relatie tot artikel 7 EVRM spreekt over ‘the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused’s detriment, for instance by analogy’. De huiver voor de analogie is uiteraard niet los te zien van het autoritaire denken in de periode voorafgaand aan de Tweede Wereldoorlog en het belang dat daarbinnen werd toegekend aan de analogische interpretatie. Zie hierover Jansen 2006. Vgl. ook Groenhuijsen & Wiemans 1989, p. 49-53, 57-64.

47. Vgl. ook Claes 2003, p. 201.

48. Dat neemt overigens op zichzelf niet weg dat men nog wel van een analogieverbod zou kunnen blijven spreken, maar alsdan wordt daarmee niet méér tot uitdrukking gebracht dan dat de interpretatievrijheid van de strafrechter niet onbegrensd is en dat (daarom) de rechter niet een dusdanige betekenis aan wettelijke termen mag verlenen dat daarmee de wettelijke norm volledig uit zijn context wordt geplaatst. Vgl. Claes 2003, p. 158, 210-211, 282.

49. Uit de Straatsburgse rechtspraak blijkt dat het EHRM bij de toetsing aan artikel 7 EVRM ermee rekening houdt of de nationale rechter met de ruime uitleg die is gegeven aan een delictsomschrijving, mede heeft beoogd bescherming te bieden tegen de schending van fundamentele rechten van burgers. Zie daarover onder andere Bleichrodt 2006, p. 655. Voorts spelen hier de zogeheten positieve verplichtingen een rol (zie daarover Vellinga-Schootstra & Vellinga 2008, p. 30-33), al is de betekenis daarvan voor de rechterlijke interpretatie vooralsnog niet glashelder (vgl. De Hullu 2009, p. 108, voetnoot 314). Vgl. uitvoerig nader over de betekenis van positieve verplichtingen voor het strafrecht Van Kempen 2008.

M.J. Borgers

wordt in de hedendaagse literatuur veelal benadrukt – al verschillen de meningen over de mate waarin dit moet geschieden – dat bij de rechterlijke interpretatie van delictsomschrijvingen niet alleen aandacht moet worden geschonken aan de rechtszekerheid van de verdachte, maar ook aan de rechtszekerheid van burgers dat hun fundamentele rechten worden gewaarborgd en gehandhaafd.⁵⁰ In de rechtspraak lijkt deze opvatting eveneens voet aan de grond te hebben gevonden, ook al wordt dat niet *expressis verbis* tot uitdrukking gebracht.⁵¹ Waar het in de kern om gaat, is dat bij de uitleg van bepaalde strafbaarstellingen – bijvoorbeeld waar het gaat om zedendelicten – de nadruk wordt gelegd op het doel en de strekking van een strafbaarstelling, waarin veelal de te beschermen rechten tot uitdrukking komen. Hiermee wordt overigens het begrip rechtszekerheid in een bredere context geplaatst. Het gaat niet uitsluitend om de zekerheid van de burger dat hij wordt beschermd tegen willekeurig overheidsoptreden. Het gaat ook om de zekerheid van de burger dat de overheid kan en zal optreden wanneer hij in zijn rechten wordt aangetast. Daardoor wordt niet de bijl aan de wortels van het legaliteitsbeginsel gelegd. Maar deze bredere benadering van het begrip rechtszekerheid brengt met zich dat de grenzen van de interpretatievrijheid van de rechter wat ruimer (mogen) worden getrokken.⁵²

3.3 Het basismodel opnieuw bezien

Wat kan op grond van het vorenstaande overzicht worden vastgesteld? Duidelijk is in ieder geval dat de waarden die ten grondslag liggen aan het legaliteitsbeginsel – rechtszekerheid, voorzienbaarheid, rechtsbescherming –, niet eenvoudig zijn te realiseren. De reden daarvoor is niet gelegen in het feit dat die waarden geen erkenning zouden vinden. Waar het om gaat, is dat het realiseren van deze waarden soms niet goed mogelijk lijkt of blijkt te zijn en soms – rekening houdende met andere belangen – niet onverkort wenselijk wordt bevonden. Tegen die achtergrond kan worden geconsta-

50. Zie hierover in het bijzonder Rozemond 1999 (die in dit verband spreekt over de rechtenconceptie van legaliteit) en Loth 1999. Vgl. voorts Kool 1999, p. 159-160 en Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 23-24. Een nadere uitwerking op rechtstheoretisch niveau treft men aan bij Claes 2003, p. 373-503 (waarin hij een zogeheten rechtsethisch model van het strafrecht presenteert en analyseert). Kritische kanttekeningen zijn – naar aanleiding van de door Rozemond gepresenteerde rechtenconceptie – geplaatst door Van Klink 2001, p. 220 en Brouwer 2003, p. 75-77. Die kanttekeningen strekken ertoe dat men niet mag doorschieten door de binding van de wet (volledig) ondergeschikt te maken aan de bescherming van fundamentele rechten van slachtoffers.

51. Vgl. nader Rozemond 1999, p. 121-123 (in relatie tot enkele arresten die betrekking hebben op zedendelicten) en Cleiren 2008, p. 302, 305 (naar aanleiding van het mensenroofarrest).

52. Vgl. onder andere Claes 2003, p. 465-466.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

teerd dat het beeld van de taak en de positie van wetgever en rechter moet worden bijgesteld ten opzichte van het beeld daarvan zoals dat voortvloeit uit het besproken, legistisch georiënteerde basismodel. Vooral de positie van de rechter blijkt prominenter te zijn dan het basismodel suggereert, omdat de rechter een belangrijke rol speelt bij de (nadere) bepaling van de inhoud van strafrechtelijke normen. Daarmee is tegelijkertijd gezegd dat de rol van de wetgever minder dominant blijkt te zijn dan in het basismodel wordt aangenomen. Anders gezegd: het besproken basismodel is vooral een theoretisch model dat kan worden geformuleerd op grond van de uit het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel voortvloeiende principes of deelnormen. Hoewel in verschillende opvattingen in de literatuur wel tot op zekere hoogte dit basismodel doorklinkt – of daar in elk geval lippen-dienst aan wordt bewezen –, sluit dat model al met al niet goed aan bij de praktijk van wetgeving en rechtspraak, terwijl dit basismodel ook niet (goed) verenigbaar is met moderne opvattingen omtrent de openheid van de woorden van de wet en de daaruit voortvloeiende noodzaak van (rechterlijke) interpretatie van de wet aan de hand van concrete gevallen.

Wellicht zou men het als volgt kunnen zien. De wetgever kan worden beschouwd als de leverancier van de bouwstenen waarmee de rechter werkt: de tekst van de wet, de wetsgeschiedenis, de wetssystematiek alsmede het doel en de strekking van de wet. Weliswaar heeft de rechter het te doen met deze bouwstenen, maar het ligt in handen van de rechter hoe het bouwwerk – de constructie – eruit komt te zien. Daarbij heeft de rechter nogal wat vrijheid, ook omdat de bouwstenen op zichzelf een zekere flexibiliteit vertonen en daardoor meerdere constructies toelaten. Want wat bijvoorbeeld precies volgt uit de wetsgeschiedenis of hoe het doel en de strekking van een strafbaarstelling exact moeten worden geduid, is zelf ook weer voorwerp van rechterlijke interpretatie. Bovendien zullen de diverse bouwstenen ook niet altijd goed op elkaar passen en dan staat de rechter voor de keuze met welke stenen hij wel en niet aan de slag gaat. Het gaat voorts niet om eenmalige bouwactiviteiten, maar om een doorlopend constructieproces. Dat proces verloopt tegen de achtergrond van veranderende – maatschappelijke en technologische – omstandigheden en in het licht van de concrete feiten en omstandigheden van het geval. Bovendien gaat het niet om een geïsoleerde activiteit, maar moet het bouwwerk passen binnen het grotere raamwerk van het recht en moet er dus rekening worden gehouden met andere juridische constructies. Zonder nu te willen beweren dat in elke concrete strafzaak de complexiteit van het constructieproces naar voren komt,⁵³ mag het duidelijk zijn dat de concrete vormgeving van de strafrechtelijke aansprakelijkheid zoals deze voortvloeit uit een delictsom-

53. Het 'rechtsvinderssyndroom' ligt immers op de loer. Vgl. daarover Vranken 1995, p. 54-57.

M.J. Borgers

schrijving, voor een niet onbelangrijk deel in handen van de rechter ligt en dat dus ook op het terrein van het materiële strafrecht sprake is van een 'open systeem'.

In dit licht is het eigenlijk niet passend om de relatie tussen wetgever en rechter aan te duiden als een verticale verhouding. Daarvoor is de stempel die de rechter drukt op de betekenis van materieel-strafrechtelijke normen te groot. Maar daarmee is nog niet gezegd hoe die relatie dan wél kan worden geduid. Het is ook nog te vroeg om dat te doen. Eerst moet worden bezien hoe de strafrechter pleegt om te gaan met – wat ik maar aanduid als – problematische wettelijke normen, dat wil zeggen met normen die vanwege hun vage, open of ruime formulering de rechter confronteren met de vraag hoe hij de grenzen van de wet en daarmee de grenzen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid trekt. Hoe positioneert de rechter zich dan ten opzichte van de wetgever?

4 Vage strafbaarstellingen

4.1 Wat zijn vage strafbaarstellingen?

In zijn boek *Thinking like a lawyer* onderscheidt Schauer 'two types of indeterminacy'.⁵⁴ De eerste vorm – de andere vorm komt in paragraaf 5 aan de orde – heeft betrekking op een 'vague or imprecise statute that furnishes virtually no answers by itself'.⁵⁵ Het gaat hierbij om het hanteren van open of vaag geformuleerde begrippen, waardoor er sprake is van 'pervasive statutory vagueness'. De invulling van dergelijke begrippen 'requires an exercise of judicial discretion or at least some recourse to purpose, intent, justice, equity, or something else'.⁵⁶ Het standaardvoorbeeld van een vage strafrechtelijke norm uit de (Nederlandse) strafrechtelijke literatuur kan heel goed in deze categorie worden geplaatst. Dat voorbeeld betreft de norm: 'het is verboden om op enig gedeelte van de stations of in de treinen te vechten, handtastelijkheden te plegen, vuurwerk af te steken, anderen uit te schelden of lastig te vallen *dan wel zich op andere wijze onbehoorlijk te gedragen*'.⁵⁷ De cursief weergegeven norm is zo vaag en open geformuleerd – 'gij zult zich niet onbehoorlijk gedragen' – dat deze op zichzelf nauwelijks houvast biedt. Toepassing van een dergelijke norm

54. Schauer 2009, p. 162-163.

55. De tweede vorm komt in paragraaf 5 aan de orde.

56. Schauer geeft als voorbeelden het gebruik van een formule als 'in the best interest of the child', 'hazardous products' en 'dangerous animals'.

57. Artikel 4 Algemeen Reglement Vervoer (oud), zoals dat aan de orde was in HR 2 april 1985, *NJ* 1985, 796.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

is alleen mogelijk indien anderszins valide aanknopingspunten worden verschaft voor de uitleg van deze norm.

4.2 *Toepassing van het bepaaldheidsgebod*

In paragraaf 3 is reeds aangestipt dat klachten van de strekking dat een strafbaarstelling – althans bestanddelen daarvan – zo vaag is geformuleerd dat deze strafbaarstelling wegens strijd met het legaliteitsbeginsel onverbindend moet worden geacht, vrijwel nooit worden gehonoreerd. Uit de aldaar geciteerde overweging uit het krulsla-arrest blijkt dat de Hoge Raad het bepaaldheidsgebod erkent als een uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende rechtsnorm. Dat gebod strekt ertoe dat delictsomschrijvingen ‘op een zo duidelijk mogelijke wijze’ worden omschreven. Tegelijkertijd maakt de Hoge Raad klip en klaar dat een zekere vaagheid niet ontoelaatbaar is: die vaagheid heeft praktische voordelen en is ook niet altijd vermijdbaar. De kous is daarmee af voor de Hoge Raad. Van een daadwerkelijke *toetsing* of de ter discussie gestelde norm wellicht concreter of specifiekere had kunnen of moeten worden geformuleerd, dan wel of de norm dermate vaag is dat deze vanwege strijd met het bepaaldheidsgebod onverbindend moet worden verklaard, is geen sprake. Een toelichting waarom – gelet op de aard en de (mogelijke) verschijningsvormen van de te bestrijden gedragingen alsmede de noodzaak om regelgeving niet al te gedetailleerd te maken – de vaagheid van de ter discussie staande delictsomschrijving onvermijdelijk is, wordt ook niet gegeven. Op de keper beschouwd doet de Hoge Raad een beroep op het bepaaldheidsgebod telkens af met vergelijkbare, in de kern weinig specifieke overwegingen.⁵⁸

De Hoge Raad besteedt wel expliciet aandacht aan de vraag of de ter discussie gestelde norm ‘voldoende concreet is om de burger in staat te stellen zijn gedrag daarop af te stemmen’.⁵⁹ Bij de wijze waarop dat gebeurt, kunnen evenwel vraagtekens worden geplaatst. Zo valt het op dat de Hoge Raad nogal eens genoeg neemt met een gedeeltelijke concretisering van de bestreden delictsomschrijving. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van zojuist reeds genoemde norm: ‘het is verboden om op enig gedeelte van de stations of in de treinen te vechten, handtastelijkheden te plegen, vuurwerk af te steken, anderen uit te schelden of lastig te vallen *dan wel zich op andere wijze onbehoorlijk te gedragen*’. De Hoge Raad heeft de klacht dat het gecursiveerde gedeelte van deze bepaling ontoe-

58. Zie HR 8 maart 1994, *NJ* 1994, 412, HR 20 oktober 1998, *NJ* 1999, 48, HR 1 september 1998, *NJ* 1999, 61, HR 5 december 2000, *NJ* 2001, 98, HR 28 mei 2002, *NJ* 2002, 483 en HR 28 maart 2006, *NJ* 2006, 237. Vgl. ook HR 16 oktober 1990, *NJ* 1991, 442 m.nt. C.

59. HR 8 maart 1994, *NJ* 1994, 412, HR 20 oktober 1998, *NJ* 1999, 48, HR 28 mei 2002, *NJ* 2002, 483 en HR 28 maart 2006, *NJ* 2006, 237.

M.J. Borgers

laatbaar vaag is, verworpen met onder andere het argument dat ‘evenbedoelde norm in zoverre is geconcretiseerd dat het gaat om gedrag op de stations en in de treinen’.⁶⁰ Een soortgelijk argument wordt ook gebezigd in andere arresten.⁶¹ De vraag is evenwel wat de aanduiding van de locatie bijdraagt aan de concreetheid van de (vaag omschreven) gedraging.⁶² Waarom zou het in stations en treinen eerder duidelijk zijn of er sprake is van onbehoorlijk gedrag dan daarbuiten? Daarover zegt de Hoge Raad niets.⁶³

Een ander argument dat de Hoge Raad bezigt in het kader van de vraag of een delictomschrijving voldoende houvast biedt, betreft de mogelijkheid voor de betrokkene om zich te laten adviseren over de inhoud van relevante gedragsnormen. Dit argument komt, toegespitst op professionele marktdeelnemers, tot uitdrukking in het eerder genoemde krulsla-arrest. Maar wordt het probleem van de vaagheid van de norm daarmee opgelost? Geenszins, want voor de adviseur is de norm net zo vaag als voor degene die het advies inwint. De mogelijkheid van het inwinnen van advies is wel in een ander verband van belang, namelijk waar het gaat om de vraag wat men van de burger verlangt indien hij zich geconfronteerd ziet met onduidelijke normen.⁶⁴ In die situatie kan consultatie van een (kundige) adviseur in beginsel een nuttige rol spelen. De adviseur kan immers aangeven in welke context de norm tot stand is gekomen en in hoeverre de norm reeds nader is geconcretiseerd in de rechtspraak. Daarmee is tegelijkertijd gezegd dat indien die context geen duidelijkheid verschaft en relevante rechtspraak ontbreekt, de adviseur weinig anders kan doen dan de vaagheid van de norm te bevestigen.⁶⁵

Al met al kan dus worden geconstateerd dat het bepaaldheidsgebod geen rol van betekenis speelt in de rechtspraak van de Hoge Raad.⁶⁶ Er wordt heel gemakkelijk aangenomen dat een vaag geformuleerde delictsom-

60. HR 2 april 1985, *NJ* 1985, 796.

61. HR 1 september 1998, *NJ* 1999, 61, HR 28 mei 2002, *NJ* 2002, 483 en HR 28 maart 2006, *NJ* 2006, 237.

62. Vgl. ook Groenhuijsen 1987, p. 17 en Visser 2001, p. 17.

63. Hetgeen niet uitsluit dat in die locatie een *begin* van een antwoord zou kunnen worden gevonden, in die zin dat de strafbaarstelling vooral beoogt de belangen van de gebruikers van stations en treinen te beschermen. In het vervolg van de hoofdtekst komt dit aan de orde.

64. Zie nader paragraaf 7.

65. Alleen al vanwege mogelijke beroepsaansprakelijkheid zal een (verstandige) adviseur zich niet, althans niet zonder voorbehouden en exoneration, wagen aan een nadere uitleg van de norm.

66. Vgl. ook Visser 2001, p. 444. Ook het EHRM is zeer terughoudend met het oordeel dat de toepassing van een vaag geformuleerde delictomschrijving in strijd komt met artikel 7 EVRM. Zie voor een uitzondering hierop EHRM 25 juni 2009, Liivik tegen Estland, appl.nr. 12157/05, overweging 95.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

schrijving voldoende houvast voor de burger verschaft.⁶⁷ Bovendien wordt er feitelijk niet getoetst of de vaagheid van de ter discussie gestelde strafbaarstelling noodzakelijk of onvermijdelijk is en dus of een meer concrete formulering niet aangewezen of onmogelijk zou zijn geweest. Dit laatste wekt wellicht in zoverre geen verbazing dat de Hoge Raad blijkens het in paragraaf 3 opgenomen citaat uit het krulsla-arrest het bepaaldheidsgebod eigenlijk alleen in verband brengt met de voorzienbaarheid. Kennelijk ziet de Hoge Raad geen relatie tussen enerzijds het bepaaldheidsgebod en anderzijds de afbakening van de positie van wetgever en rechter, in die zin dat van de wetgever dusdanig duidelijke wettelijke normen worden verlangd dat een al te grote eigen inbreng van de rechter in de duiding van de betekenis van die wettelijke normen niet aan de orde is en dat daarom de norm niet alleen voor de burger, maar ook voor de rechter voldoende concreet moet zijn. Anders gezegd: in de rechtspraak van de Hoge Raad komt, in reactie op klachten omtrent schending van het bepaaldheidsgebod,⁶⁸ niet het argument naar voren dat het niet aan de rechter, maar aan de wetgever is om nader af te bakenen waar de grens ligt tussen toelaatbare en niet-toelaatbare gedragingen.⁶⁹

4.3 *Het operationaliseren van vage strafbaarstellingen*

Het valt op dat de Hoge Raad betrekkelijk weinig aandacht besteedt aan de vraag hoe de bestreden norm in concrete zaken, praktisch gezien, kan worden geoperationaliseerd.⁷⁰ Zou deze vraag niet een meer prominente rol

67. Zie in dit verband ook nog HR 20 oktober 1998, *NJ* 1999, 48. In deze zaak wordt door de verdediging gesteld dat de delictomschrijving van artikel 197a Sr (het uit winstbejag behulpzaam zijn van illegaal in Nederland verblijvende personen) in strijd is met het bepaaldheidsgebod. De Hoge Raad overweegt onder andere dat 'onder de feitelijke omstandigheden die het Hof heeft vastgesteld (...) het ook voor de verdachte duidelijk [moet] zijn geweest dat haar handelen medeplegen van het misdrijf van art. 197a Sr opleverde'. Deze overweging gaat naar mijn mening langs de kern van de zaak heen. De vraag is immers primair of de delictsbestanddelen voldoende concreet zijn – of in voldoende mate geconcretiseerd kunnen worden – om te kunnen worden toegepast op die feitelijke omstandigheden. Dat de betekenis van een norm mede door de feiten wordt bepaald, doet er niet aan af dat de norm op zichzelf voldoende richtinggevend moet zijn om als gedragsnorm te kunnen fungeren.

68. Een verwijzing naar de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter komt men soms wel in een ander verband tegen, namelijk wanneer een bepaalde interpretatie op zichzelf mogelijk zou zijn, maar de rechter de keuze daarvoor aan de wetgever wil laten. Vgl. bijvoorbeeld HR 7 januari 1997, *NJ* 1997, 361 m.nt. 'tH.

69. In de Duitse dogmatiek en constitutionele rechtspraak wordt het *Bestimmtheitsgebot* juist nauw in verbinding gebracht met het *Gesetzesvorbehalt*. Zie daarover, met verdere verwijzingen, Jescheck & Weigend 1996, p. 136-137.

70. Overigens wordt in de hier relevante zaken waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld, doorgaans niet geklaagd over een onjuiste rechtstoepassing, maar richt het middel zich meer algemeen op de strijd met het bepaaldheidsgebod. In dat opzicht laat de verdediging nog wel eens mogelijkheden liggen.

M.J. Borgers

moeten spelen? Immers, indien wordt geoordeeld dat een norm als ‘geen onbehoorlijk gedrag op stations en in treinen’ geen ontoelaatbare vage en dus een verbindende norm is, moet deze norm ‘gewoon’ worden toegepast. Maar hoe krijgt dat dan gestalte? Hoe stelt de rechter vast of een gedraging ‘onbehoorlijk’ is geweest?

Het feit dat de norm een zekere (onvermijdelijke) vaagheid kent, sluit op zichzelf niet uit dat aanknopingspunten kunnen worden verschaft voor de toepassing van die norm. Dit betekent dat, indien wordt aangevoerd dat sprake is van een (ontoelaatbaar) vage norm, de aandacht primair moet worden gericht op de vraag of voldoende aanknopingspunten – in het bijzonder in de vorm van de tekst van de wet, de wetsgeschiedenis, de wets-systematiek alsmede het doel en de strekking van de wet – beschikbaar zijn voor de toepassing van de norm in het concrete geval. Waar het gaat om onbehoorlijk gedrag op stations en in treinen, zou er bijvoorbeeld op kunnen worden gewezen dat het gaat om een norm die ‘een speciaal soort ordelijkheid in het belang van de veiligheid en van het gerief van de andere reizigers’ beoogt te bewaken.⁷¹ Deze strekking laat zich eenvoudig construeren aan de hand van de in de desbetreffende bepaling wél concreet genoemde gedragingen (vechten, handtastelijkheden te plegen, vuurwerk af te steken, anderen uit te schelden of lastig te vallen).⁷² Gelet daarop is – zo kan worden betoogd – van onbehoorlijk gedrag eerst dan sprake indien het gaat om een gedraging die de veiligheid van andere reizigers in gevaar brengt of die de rust van andere reizigers aanmerkelijk verstoort.⁷³ Van een heel scherpe norm is daarmee nog geen sprake, maar deze invulling geeft wel meer richting dan louter de norm dan men zich op stations en in treinen niet onbehoorlijk mag gedragen. Dergelijke concretisering zijn ook mogelijk ten aanzien van andere normen waarvan de geldigheid wordt betreden met een beroep op het bepaaldheidsgebod.⁷⁴

71. Aldus A-G Leijten in zijn conclusie voor HR 2 april 1985, *NJ* 1985, 796.

72. Vgl. over deze wijze van concretisering Visser 2001, p. 43, 100-101, 427-428.

73. In zoverre speelt de concretisering naar de plaats nog wel een rol, maar dan als *vertrekpunt* van de redenering. Uit het feit dat het gaat om gedragingen op de stations en in de treinen, wordt afgeleid dat de bescherming van de belangen van reizigers wordt beoogd. Daarmee is een eerste stap in de duiding van de norm gezet. Vgl. voor een vergelijkbare benadering, maar dan in relatie tot (het huidige) artikel 5 WVV 1994, Simmelink 1991, p. 53-54 en Simmelink 1995, p. 286-289. Ook in de benadering van Simmelink is de concretisering naar de plaats (niet meer dan) het begin van de concretisering van de norm.

74. Vgl. de wijze waarop A-G Vellinga in (onderdeel 15 van) zijn conclusie voor HR 28 maart 2006, *NJ* 2006, 237 heel praktisch uiteenzet hoe de verbodsbepaling van artikel 78 APV 's-Gravenhage 1982 moet worden begrepen. Ter zijde wijs ik op HR 15 juni 2010, *NJ* 2010, 362. Hoewel in deze zaak geen beroep is gedaan op het bepaaldheidsgebod, brengt de Hoge Raad het verbod op het ‘zich hinderlijk gedragen’ uit de APV Utrecht in verband met het, in de toelichting op de APV toegelichte, doel van deze bepaling, namelijk het bestrijden van verstoringen van de openbare orde. Daarin ligt een zekere concretisering (en aanscherping) van de verbodsnorm besloten.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

Men belandt hier in feite bij de lakmoesproef. Is het mogelijk om aanknopingspunten aan te wijzen aan de hand waarvan de wettelijke norm kan worden geoperationaliseerd, dan maakt juist dát de norm minder problematisch en is om die reden van schending van het bepaaldheidsgebod geen sprake. Indien het mogelijk is relevante aanknopingspunten te benoemen, wordt tegelijkertijd meer zicht verschaft op de reikwijdte van de strafbaarstelling. Daarmee wordt voor de toekomst meer duidelijkheid verschaft in welke gevallen die strafbaarstelling van toepassing zal zijn.⁷⁵ Indien het niet mogelijk is de benodigde aanknopingspunten te verschaffen, rest geen andere conclusie dan dat het om een norm gaat waaraan redelijkerwijs geen toepassing kan worden gegeven. Daarmee wordt dan tevens een duidelijk signaal aan de wetgever afgegeven: er dient een andere, beter toepasbare delictsomschrijving te komen.

De hier voorgestane benadering strekt er dus toe dat niet overwegend op een abstracte wijze wordt gekeken naar de geoorloofdheid van de vage formulering van een strafrechtelijke norm of naar de mate waarin die norm enigerlei houvast biedt. Dat de norm open of ruim is geformuleerd, is op zichzelf niet bijster interessant. Er zou daarentegen veel concreter moeten worden onderzocht of, en zo ja: op welke wijze, de ter discussie gestelde strafbaarstelling zich laat operationaliseren.⁷⁶ Blijkt dat mogelijk te zijn, dan kan worden vastgesteld dat de norm voldoet aan de eis van ‘minimale gedragsleidende betekenis’.⁷⁷ En dat is dan de reden dat de rechtszekerheid niet in het geding is.

75. Het EHRM kijkt bij de beoordeling van de voorzienbaarheid niet alleen naar de bevoordelingen van de wet, maar ook naar de interpretatie van de norm in de rechtspraak. Zie onder andere EHRM 25 mei 1993, Kokkinakis tegen Griekenland, appl.nr. 14307/88, overwegingen 40 en 52 alsmede EHRM 17 september 2009, Scoppola tegen Italië (no. 2), appl.nr. 10249/03, ECHR 2009, 123 m.nt. C. Peristeridou & T. Spronken, AB 2010, 102 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, overweging 101. Vgl. in dit verband HR 5 december 2000, NJ 2001, 98, waarin een beroep op de onbepaaldheid van ‘schennis van de eerbaarheid’ wordt afgewezen onder andere met een verwijzing naar de uitleg van artikel 239 Sr in eerdere rechtspraak van de Hoge Raad. Vgl. voorts, in verband met de uitleg van ‘listige kunstgrepen’ in artikel 326 Sr, onderdeel 4 van de noot van Keijzer onder HR 4 april 2006, NJ 2006, 398. De Hoge Raad verwijst in dit arrest zelf niet naar eerdere rechtspraak.
76. Interessant in dit verband zijn de zogeheten zorgplichtbepalingen, waarin veelal betrekkelijk vage termen voorkomen. De studie van Visser maakt duidelijk dat die vage termen zich in veel gevallen laten concretiseren, bijvoorbeeld aan de hand van een (niet-limitatieve) opsomming van verboden gedragingen of de duiding van het gevolg dat de gedraging teweeg moet brengen. Zie Visser 2001, p. 441-444.
77. Vgl. Claes 2003, p. 199, 204, 210, 278-279, 463-464. Claes ontleent de term ‘gedragsleidende betekenis’ aan Loth 1999. Zie nader over de (mogelijke) gedragsleidende betekenis van vaag of open geformuleerde normen Waldron 2010.

M.J. Borgers

Met de hier beschreven werkwijze wordt van de rechter niet verwacht dat hij het werk van de wetgever volledig overneemt.⁷⁸ Op de keper beschouwd doet de rechter niet meer dan het onderzoeken of de aan de verdachte verweten gedraging kan worden bewezen en zich ook laat kwalificeren als een strafbare gedraging. Daartoe wordt in kaart gebracht of voldoende aanknopingspunten voorhanden zijn om een dusdanige nadere invulling van de norm te geven dat deze zich laat toepassen op de concrete feiten en omstandigheden van het geval. Voorts wijs ik erop dat, ook indien een dergelijke nadere invulling mogelijk is, niet is uitgesloten dat de verdachte een geslaagd beroep kan doen op rechtsdwaling, omdat zich bijzondere omstandigheden voordoen die met zich brengen dat – niettegenstaande de minimale gedragsleidende betekenis van de norm – voor *deze* verdachte (toch) niet voorzienbaar was dat hij strafbaar zou handelen. Anders gezegd: met de minimale gedragsleidende betekenis is de voorzienbaarheid in objectieve zin gegeven, maar niet noodzakelijkerwijs in subjectieve zin.⁷⁹

5 Vage randen van strafbaarstellingen

5.1 Wat zijn de vage randen van strafbaarstellingen?

Om verschillende redenen kunnen zich interpretatievragen voordoen bij de toepassing van (bestanddelen van) delictsomschrijvingen. Vaak heeft dat van doen met de vage, open of anderszins ruime formulering van de delictsomschrijving. Maar ook delictsomschrijvingen die op zichzelf tamelijk concreet zijn geformuleerd, kunnen leiden tot hoofdbreken. Hoe precies en concreet men ook een norm tracht te formuleren, er kunnen zich – op enig moment – feiten en omstandigheden voordoen waardoor vragen rijzen met betrekking tot de interpretatie van één of meer bestanddelen. Schauer omschrijft deze tweede vorm van ‘indeterminacy’ als volgt: ‘(...) words that seem precise, and words that *are* precise for most applications, will become imprecise in the context of some particular application.’ Hij spreekt daarom van de ‘vague edges of normally precise statutes’.⁸⁰ Delictsomschrijvingen bakenen in algemene bewoordingen af wanneer sprake is van strafbaarheid. Maar welke concrete gevallen onder die algemene

78. Vooruitlopend op paragraaf 8.2 merk ik op dat de activiteiten van enerzijds de wetgever en anderzijds de rechter zich niet volledig laten scheiden, maar die activiteiten vallen uiteraard ook niet geheel samen.

79. Zie nader paragraaf 7.

80. Schauer 2009, p. 163.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

bewoordingen vallen, laat zich niet op voorhand zeggen. Dat blijkt pas in confrontatie met de feiten.⁸¹

Een voorbeeld van ‘vague edges’ betreft de delictsomschrijving van diefstal. In legio situaties zal nauwelijks discussie bestaan of sprake is van het wegnemen van een ‘goed’. Maar zo nu en dan doen zich casus voor waarin daarover gereede twijfel kan bestaan. Circa tachtig jaar geleden deed zich bijvoorbeeld de vraag voor of elektriciteit een goed is.⁸² Tegenwoordig kan die vraag worden gesteld met betrekking tot een virtueel masker en amulet in de *online game* RuneScape.⁸³ De aanleiding voor discussie is in dergelijke gevallen niet alleen gelegen in de strikte bewoordingen van de strafbaarstelling. Het gaat vooral ook om de vraag welke betekenis die bewoordingen binnen de context van de strafbaarstelling plegen te hebben.⁸⁴ Juist wanneer men onder goed een tastbaar voorwerp meent te moeten begrijpen, is het problematisch om elektriciteit of een virtueel voorwerp als goed aan te merken. Dat ligt anders indien men in plaats van de tastbaarheid de (economische) waarde laat prevaleren. En zo kunnen nog meer gezichtspunten worden genoemd die relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een strafbare gedraging. Dit voorbeeld laat zien dat het bij dit tweede type van ‘indeterminacy’ vooral gaat om situaties waarin discussie over de betekenis van de bewoordingen van de wet door de specifieke omstandigheden van het voorliggende geval al snel verwordt tot een complex debat over het doel, de strekking en de reikwijdte van de wettelijke norm.

Het onderscheid dat Schauer aanbrengt tussen ‘pervasive statutory vagueness’ en ‘vague edges of normally precise statutes’,⁸⁵ is geen scherp onderscheid. Het gaat om een gradueel verschil. Dit laat zich illustreren aan de hand van de term ‘ontuchtige handelingen’ in de strafbaarstelling van diverse zedenmisdrijven.⁸⁶ In de commentaar van Noyon-Langemeijer-Remmelink worden de begrippen ontucht en ontuchtige handelingen aan-

81. Vgl. ook Groenhuijsen & Wiemans 1989, p. 115-116. In dit verband wordt veelal – in navolging van H.L.A. Hart – gesproken over de ‘open texture’ of ‘open textuur’ van termen. Zie Claes 2003, p. 385: ‘De term “open textuur” verwijst naar het gegeven dat de bewoordingen van het misdrijf een afkorting zijn van een nooit volledig te vatten praktijk die door de strafrechter geval per geval dient te worden gearticuleerd.’ Vgl. voorts, met nadere verwijzingen, Visser 2001, p. 45 en Claes 2003, p. 66-67, 120-124, 136-140, 385-387.

82. HR 23 mei 1921, *NJ* 1921, p. 564 m.nt. T.

83. Hof Leeuwarden 10 november 2009, *NJ* 2010, 616 m.nt. M.J. Borgers.

84. Vgl. ‘t Hart in zijn noot onder HR 11 mei 1982, *NJ* 1982, 583.

85. Schauer 2009, p. 163.

86. Een ander voorbeeld, dat ik verder niet uitwerk, betreft de strafbaarheid van geestelijke mishandeling. Mishandeling is een abstracte, maar geen intrinsiek vage term. Niettemin is het niet eenvoudig om te bepalen of geestelijke mishandeling onder de reikwijdte van de strafbaarstelling valt. Zie daarover Baaijens-van Geloven 2005.

M.J. Borgers

geduid als vage norm.⁸⁷ Toch is deze norm niet zo vaag geformuleerd dat die geen enkele richting zou geven aan hetgeen onder het bereik van de norm valt. Naar normaal taalgebruik is van ontucht sprake indien seksuele handelingen worden gepleegd die tegen de heersende moraal ingaan. Een soortgelijke betekenis wordt ook in de wetsgeschiedenis tot uitgangspunt genomen: het gaat om seksuele handelingen die in strijd met de sociaal-ethische norm zijn.⁸⁸ Dat geeft op zichzelf houvast. Zo zal het weinig discussie opleveren dat het betasten van borsten of geslachtsdelen in principe een ontuchtige handeling oplevert. In die zin zou men kunnen zeggen dat de term ontucht wel abstract, maar niet intrinsiek vaag is.⁸⁹ Tegelijkertijd is de term 'ontuchtige handelingen' ook weer niet zo concreet dat alleen in heel specifieke gevallen de 'vague edges' van de strafbaarstelling op de voorgrond treden. Juist omdat de sociaal-ethische acceptatie een rol speelt, is er een behoorlijke marge waarbinnen verschil van inzicht kan bestaan met betrekking tot de reikwijdte van deze strafrechtelijke norm.⁹⁰

5.2 Hoe gaat de rechter om met vage randen?

Met betrekking tot strafbaarstellingen die 'vague edges' kennen, speelt niet de discussie of die strafbaarstellingen onverbindend (kunnen) zijn wegens strijd met het bepaaldheidsgebod.⁹¹ Dat ligt ook voor de hand juist omdat in het leeuwendeel van de gevallen de toepassing van dergelijke strafbaarstellingen betrekkelijk onproblematisch is. Alleen in grensgevallen rijzen er complexe interpretatievragen, waarbij de betekenis van de woorden van de wet nadere duiding behoeft. Op zich gaat het hier om een normale rechterlijke activiteit: het uitleggen van de reikwijdte van een wettelijke norm, mede aan de hand van de wetsgeschiedenis, de wetssystematiek alsmede

87. Noyon-Langemeijer-Remmelink (losbladig), Inleiding op Titel XIV, aantekening 7 (bewerkt door Machielse). Vgl. ook Kool 1992 en Keijzer in onderdeel 3 van zijn noot onder HR 30 maart 2010, *NJ* 2010, 376. De term 'ontuchtige handelingen' treft men aan in artikel 245, 246, 247, 248a, 248b en 248c Sr.

88. *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 3, p. 2.

89. Vgl. over het onderscheid tussen abstract en vaag Visser 2001, p. 46.

90. Vgl. Buruma in zijn noot onder HR 10 november 2009, *NJ* 2010, 599. Illustratief is de in paragraaf 5.2.2 nader te bespreken zaak waarin de Hoge Raad een oordeel heeft moeten vellen over – kort gezegd – het ontuchtige karakter van trioseks tussen een 15-jarig meisje, een 16-jarige jongen en een 17-jarige jongen.

91. Ook in de rechtspraak van het EHRM wordt het bestaan van dergelijke strafbaarstellingen niet problematisch bevonden. Vgl. EHRM 28 oktober 1996, *Cantoni tegen Frankrijk*, appl.nr. 17862/91, overweging 32, waarin wordt ingegaan op het type strafbaarstelling dat 'grey areas at the fringes of the definition' en een 'penumbra of doubt in relation to borderline facts' kent. Een dergelijke strafbaarstelling is niet overenigbaar met artikel 7 EVRM 'provided that it proves to be sufficiently clear in the large majority of cases'. Vgl. nader Cromheecke & Dhont 2004, p. 671-672 en Bleichrodt 2006, p. 655.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

het doel en de strekking van de wet. Niettemin vallen bij de bestudering van de rechtspraak twee zaken op. Allereerst gaat het om de stelligheid waarmee de Hoge Raad in sommige zaken de uitkomst van het interpretatieproces onderbouwt, met als gevolg dat de complexiteit van dit proces aan het zicht wordt onttrokken. Ten tweede kan worden gewezen op de soms relatief geringe mate waarin casuïstische redeneringen worden uitgewerkt. Ik licht beide observaties nader toe.

5.2.1 Eerste observatie: stellige presentatie van de uitkomst

Een goed voorbeeld van een uitspraak waarin de uitkomst van het interpretatieproces nogal stellig wordt gepresenteerd, betreft het tongzoenarrest.⁹² In dit arrest wordt aan het bestanddeel ‘sexueel binnendringen van het lichaam’ onmiskenbaar een extensieve uitleg gegeven door het geven van een tongzoen – het brengen en het houden van de tong in de mond van een ander – onder de reikwijdte van dit bestanddeel te trekken, waardoor het onder omstandigheden mogelijk is om het geven van een tongzoen als verkrachting te kwalificeren.⁹³ Onder verwijzing naar een eerder arrest uit 1994⁹⁴ overweegt de Hoge Raad dat de wetsgeschiedenis ‘dwingt (...) tot de opvatting dat de wetgever voor wat de toepassing van art. 242 Sr betreft geen beperking heeft willen aanbrengen in de wijze waarop het lichaam is binnengedrongen.’ De Hoge Raad wijst daarbij op de ratio van deze strafbaarstelling, namelijk de bescherming van de (seksuele) integriteit van het lichaam, terwijl hij voorts overweegt dat een differentiatie naar de wijze waarop het lichaam wordt binnengedrongen alsmede naar de aard en de ernst van dat binnendringen, ‘op gespannen voet zou staan met de eisen die vanuit het oogpunt van rechtszekerheid aan de afgrenzing van de desbetreffende strafbepaling moeten worden gesteld’.

Op de dwingendheid van de wetsgeschiedenis valt het één en ander af te dingen. Een analyse van die wetsgeschiedenis brengt A-G Machielse tot een andere conclusie dan de Hoge Raad: ‘Het komt mij voor dat alleen die vormen van sexueel binnendringen die objectief gezien als even strafwaardig worden ervaren als de ‘oude’ verkrachting [waarbij het ging om vleeselijke gemeenschap; MJB] met die verkrachting gelijk kunnen worden gesteld.’⁹⁵ Waarin nu precies de discrepantie is gelegen tussen enerzijds de uitleg van de wetsgeschiedenis door de Hoge Raad (in de uitspraak uit 1994) en anderzijds de wetshistorische duiding van A-G Machielse, laat ik

92. HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 781 m.nt. JdH.

93. ‘De spankracht van dit woord [verkrachting; MJB] wordt aldus (...) zeer op de proef gesteld’, aldus Noyon-Langemeijer-Remmelink (losbladig), aantekening 6 op artikel 242 Sr (bewerkt door Machielse).

94. HR 22 februari 1994, *NJ* 1994, 379.

95. Zie onderdeel 5.7 van de conclusie voor HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 781 m.nt. JdH.

M.J. Borgers

omwille van de omvang van dit preadvies in het midden. Veelzeggend is evenwel de volgende opmerking van annotator De Hullu: ‘Nu kan men van de desbetreffende wetsgeschiedenis veel zeggen – als men vriendelijk gestemd is, noemt men deze open en spannend, onvriendelijk uitgedrukt komen kwalificaties als onduidelijk en warrig in aanmerking –, maar men kan moeilijk met de Hoge Raad de wetsgeschiedenis als zo eenduidig en krachtig opvatten dat zij “dwingt” tot de opvatting dat de wetgever geen beperking heeft willen aanbrengen in de wijze waarop het lichaam is binnengedrongen.’⁹⁶

Ook de overige argumenten die de Hoge Raad bezigt, roepen vragen op. De strafbaarstelling van verkrachting is zonder twijfel gericht op de bescherming van de (seksuele) integriteit van het lichaam, maar andere zedendelicten zijn dat ook. Een tongzoen zou ook kunnen worden aangemerkt als een feitelijke aanranding van de eerbaarheid (artikel 246 Sr), hetgeen een minder ernstig misdrijf betreft dan verkrachting. Voorts bevreemdt het dat een beroep op de rechtszekerheid wordt gedaan. Ook als men zou aannemen dat een differentiatie naar de wijze, de aard en de ernst van het binnendringen ertoe zou leiden dat de buitengrenzen van de strafbaarstelling enigszins grillig worden,⁹⁷ kan dat bezwaarlijk een dwingend argument opleveren om die buitengrenzen dan maar zo ruim mogelijk te trekken. Indien bijvoorbeeld het doel en de strekking van de strafbaarstelling of de wetssystematiek valide argumenten verschaffen om een dergelijke differentiatie te maken, zou evenzeer kunnen worden betoogd dat het juist in strijd is met de rechtszekerheid om die argumenten te negeren.

Een zaak als het tongzoenarrest roept bij mij de vraag op waarom de Hoge Raad niet zelf duidelijker benoemt dat en waarom de beantwoording van de voorliggende rechtsvraag – is het geven van een tongzoen een vorm van seksueel binnendringen van het lichaam als bedoeld in artikel 242 Sr? – gecompliceerd is. Zo had de Hoge Raad bijvoorbeeld kunnen wijzen op de meerduidigheid van de wetsgeschiedenis.⁹⁸ Nog los van de wijze waar-

96. Zie onderdeel 2 van zijn annotatie onder HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 781. Zie ook A-G Hofstee in zijn conclusie voor HR 18 mei 2010, *NJ* 2010, 287: ‘Kennelijk in beslag genomen door allerlei andere (in die tijd “spelende”) aspecten van het wetsvoorstel – “verkrachting binnen het huwelijk”, “dwingen”, “verstandelijk gehandicapten”, “zelfbeschikkingsrecht” – wordt, en dat is opvallend, in de parlementaire beraadslagingen over het toenmalige wetsontwerp nergens de vraag opgeworpen wat precies onder het “seksueel binnendringen” is te verstaan.’

97. De vraag is overigens of het hier wel om zo’n gecompliceerde kwestie gaat. Zie onderdeel 2 van de annotatie van De Hullu onder HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 781 en Kool 1999, p. 168. Vgl. ook reeds Van der Landen 1994, p. 557-560.

98. De uitvoerige motivering in bijvoorbeeld het mensenroofarrest (HR 20 november 2001, *NJ* 2003, 632 m.nt. PMe en R. de Lange) maakt bijvoorbeeld wel duidelijk – zij het enigszins impliciet – dat discussie mogelijk is over de reikwijdte van de strafbaarstelling. Een voorbeeld uit het civiele recht van een arrest waarin helder uiteen wordt gezet op welke interpretatievragen de rechter stuit, betreft de hangmatzaak, HR 8 oktober 2010, *LJN* BM6095.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

op die rechtsvraag vervolgens wordt beantwoord, zou daarmee de boodschap zijn afgegeven dat de bepaling van de grenzen van de strafbaarstelling problematisch is. Een dergelijke boodschap zou aanleiding kunnen zijn voor nadere bezinning – door de wetgever, maar ook door andere deelnemers aan het juridisch discours – op de reikwijdte van de strafbaarstelling. Is deze adequaat of is bijstelling aangewezen?

Mogelijk zou een dergelijke meer transparante benadering – men zou ook kunnen zeggen: een meer discursieve inkleding van het oordeel⁹⁹ – een zekere preventieve werking kunnen hebben. Achteraf gezien had de Hoge Raad in de uitspraak uit 1994 reeds een signaal kunnen geven door te wijzen op de meerduidigheid van de wetsgeschiedenis, zonder dat daarmee in die zaak – waarin het niet ging om een tongzoen maar om het binnendringen met een vinger in het vrouwelijk geslachtsdeel – tot een ander oordeel had hoeven te worden gekomen.¹⁰⁰ Dat had het debat over de toen reeds gesignaleerde vraag of een gedwongen tongzoen verkrachting oplevert,¹⁰¹ (nieuw) leven kunnen inblazen, hetgeen weer nadere bezinning aan de zijde van de wetgever op de reikwijdte van artikel 242 Sr tot gevolg zou kunnen hebben gehad. Men kan er slechts over speculeren of de wetgever daartoe ook zou zijn overgegaan. Dat laat evenwel onverlet dat dit voorbeeld laat zien dat het op zichzelf wel tot de mogelijkheden van de Hoge Raad behoort om de boodschap af te geven dat de afbakening van de reikwijdte van een strafbaarstelling complexe vragen oproept.¹⁰²

5.2.2 Observatie 2: geringe aandacht voor casuïstiek

De tweede observatie houdt, zoals aangekondigd, verband met de soms relatief geringe mate waarin casuïstische redeneringen handen en voeten krijgen. Vooropgesteld moet worden dat het belang van casuïstiek binnen het strafrecht tegenwoordig zonder meer wordt onderkend.¹⁰³ Dat komt in de rechtspraak van de Hoge Raad onder andere tot uitdrukking in de vorm

99. Zie over het recht als discursieve grootheid en de implicaties daarvan voor de wijze van argumenteren Vranken 1995, p. 69, 141-142, 160-162. Vgl. ook, in relatie tot de bestuursrechtspraak, De Poorter & Van Roosmalen 2009, p. 100, 121-122.

100. Van der Landen 1994, p. 560-563, zet helder uiteen waarom de Hoge Raad in het arrest uit 1994 onvoldoende aandacht heeft gehad voor de meerduidigheid van de wetsgeschiedenis.

101. Zie Machielse 1992, p. 721: 'Maar wat te denken van degeen die een arm om een ander heenslaat (feitelijkheid) en de ander tegen zijn of haar zin een tongzoen geeft?'. Machielse zet vervolgens kort en bondig de met deze vraag samenhangende interpretatiekwesies uiteen. Vgl. in meer algemene zin over de vraag of de zedendelicten 'niet wat al te ruim zijn geformuleerd', De Hullu & Van der Neut 1991.

102. Vgl. ook De Hullu 2000, p. 718, die naar aanleiding van het tongzoenarrest de vraag oproept of de contouren van de verkrachtingsbepaling niet eerder hadden kunnen worden verhelderd.

103. Zie Franken 2006, Rozemond 2007a en Van Willigenburg 2010.

M.J. Borgers

van de overweging dat de beantwoording van de vraag of aan een bepaald delictsbestanddeel is voldaan, niet in algemene termen valt te beantwoorden, maar sterk verweven is met de omstandigheden van het geval. Daarmee speelt vooral de feitenrechter een belangrijke rol, omdat het aan hem is om de omstandigheden van het geval te wegen en te waarderen. De Hoge Raad kan – zo wordt onderstreept – het oordeel van de feitenrechter daaromtrent slechts in beperkte mate toetsen. Die toetsing beperkt zich in de regel tot de begrijpelijkheid van het gegeven oordeel.¹⁰⁴

Het is een positief te waarderen gegeven dat de Hoge Raad expliciteert dat en wanneer geen concrete (vuist)regels kunnen worden verschaft voor de uitleg van een delictsomschrijving. Dat verschaft, ook al klinkt dat wellicht paradoxaal, duidelijkheid. Tegelijkertijd geldt dat de rechter, indien de betekenis van een delictsomschrijving in het licht van de voorliggende zaak vragen oproept, op één of andere wijze tot een beslissing moet komen. Van belang is dan in hoeverre het mogelijk is om – aan de hand van de wetsgeschiedenis, de wetssystematiek alsmede het doel en de strekking van de wet – gezichtspunten te formuleren die van belang zijn voor de toepassing van de desbetreffende delictsomschrijving op de concrete feiten en omstandigheden van het geval.¹⁰⁵ Daarbij is het zaak dat, in het licht van de aldus beschikbare gezichtspunten, zo goed mogelijk wordt benoemd welke feiten en omstandigheden relevant worden geacht voor het oordeel of al dan niet aan de delictsomschrijving wordt voldaan. Een dergelijke benadering maakt niet alleen de beslissing in het concrete geval inzichtelijk, maar verschaft ook in enigerlei mate houvast voor de beoordeling van toekomstige gevallen. Zonder het benoemen van de relevante casuïstische factoren is gevalsvergelijking niet mogelijk.¹⁰⁶

In de rechtspraak krijgen casuïstische oordelen niet altijd vorm aan de hand van dit stramien. Een voorbeeld van een minder geslaagd geval betreft een vrij recent arrest over ontucht.¹⁰⁷ In deze zaak draait het om het ontuchtige karakter van trioseks tussen een 15-jarig meisje, een 16-jarige jongen en een 17-jarige jongen. De Hoge Raad slaat voor zijn oordeel enkele piketpaaltjes. Op grond van de wetsgeschiedenis wordt als doel van de strafbaarstelling van artikel 245 Sr genoemd ‘de bescherming van de seksuele integriteit van personen die gelet op hun jeugdige leeftijd in het algemeen geacht moeten worden niet of onvoldoende in staat te zijn zelf die integriteit te bewaken en de draagwijdte van hun gedrag in dit opzicht te overzien.’ Daaraan voegt de Hoge Raad toe dat artikel 245 Sr ook

104. Vgl. onder andere HR 3 november 1998, *NJ* 1999, 125 en HR 15 april 2003, *NJ* 2003, 334.

105. In zoverre bestaat geen verschil met het operationaliseren van vage normen (zie paragraaf 4.3).

106. Zie daarover nader Van Willigenburg 2010.

107. HR 30 maart 2010, *NJ* 2010, 376 m.nt. N. Keijzer.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

bescherming biedt ‘tegen verleiding die mede van henzelf [de jeugdige personen; MJB] kan uitgaan’. Voorts wijst de Hoge Raad erop dat onder omstandigheden het ontuchtige karakter aan seksuele handelingen kan ontbreken, bijvoorbeeld indien die handelingen vrijwillig plaatsvinden tussen personen die slechts in geringe mate verschillen. De Hoge Raad benadrukt evenwel dat ‘een scherpe afbakening van dergelijke omstandigheden in haar algemeenheid niet [valt] te geven’,¹⁰⁸ dat de relevante maatstaf in dit verband is of de desbetreffende seksuele handeling al dan niet ‘algemeen als sociaal-ethisch is aanvaard’ en dat de beoordeling of in het concrete geval sprake is van ontucht in belangrijke mate aankomt op de aan de feitenrechter voorbehouden weging en waardering van de omstandigheden van het geval.

Vervolgens somt de Hoge Raad – aan de hand van de door het gerechtshof gebezigde bewijsmiddelen alsmede de nadere bewijsoverwegingen van het gerechtshof – een elftal feiten en omstandigheden op. Die houden onder meer verband met het geringe leeftijdsverschil tussen de betrokkenen, de gang van zaken voorafgaand aan en tijdens de avond waarop de seksuele handelingen hebben plaatsgevonden en meer specifiek de toestand waarin de aangeefster die avond verkeerde en de wijze waarop zij het gebeurde heeft beleefd. Onder verwijzing naar het belang dat artikel 245 Sr beoogt te beschermen alsmede naar de genoemde feiten en omstandigheden overweegt de Hoge Raad dan, zonder nadere toelichting, dat het oordeel van het gerechtshof – dat in de onderhavige zaak sprake is geweest van ontuchtige handelingen in de zin van artikel 245 Sr – geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl dat oordeel ook niet onbegrijpelijk is.

Waar het mij nu vooral om gaat,¹⁰⁹ is dat de stap van de feiten naar de uitkomst niet nader wordt toegelicht. Zou het niet veeleer voor de hand hebben gelegen om de feiten te *duiden* in het licht van de geslagen piketpaaltjes? Waarin is in deze casus het sociaal-onethische element van de gestelde gedraging gelegen? Door hetgeen nu onuitgesproken blijft te expliciteren, zou de Hoge Raad een nadere concretisering hebben gegeven die de beslissing in de zaak zelf (meer) inzichtelijk maakt. Daardoor zou ook enig houvast zijn geboden voor de beoordeling van toekomstige gevallen.

Het ontbreken van een duiding van de feiten klemmt in deze zaak temeer omdat A-G Jörg in een uitvoerige conclusie tot een ander oordeel komt dan

108. Vgl. ook Keijzer in onderdeel 4 van zijn noot onder het hier besproken arrest, waar hij stelt dat wetshistorische interpretatie van de term ‘ontuchtige handelingen’ geen heldere uitkomst biedt. In die zin ook reeds Machielse 1992, p. 721-723.

109. Zie voor een nadere, doorwrochte analyse van de argumentatie van de Hoge Raad de noot van Keijzer onder het hier besproken arrest. Keijzer betoogt daarin dat op grond van een teleologische en verdragsconforme interpretatie de verwijzing naar strijdigheid met de sociaal-ethische norm achterwege zou hebben kunnen en moeten blijven, en dat veeleer aansluiting zou moeten worden gezocht bij het begrip ‘seksueel misbruik’.

M.J. Borgers

de Hoge Raad. Interessant is dat de A-G vrijwel dezelfde piketplaatjes slaat als de Hoge Raad. Vervolgens stelt de A-G echter dat het in deze zaak gaat om 'een sociaal-ethisch grensgeval'. In een uitvoerig betoog komt Jörg tot de slotsom dat van ontucht geen sprake is. De trioseks die in deze zaak heeft plaatsgevonden – tussen personen van respectievelijk 15, 16 en 17 jaar, waarbij het meisje met één van de jongens eerder seks heeft gehad (en met de andere jongen dus niet) – laat zich volgens hem niet als inherent sociaal-onethisch aanduiden, terwijl uit de bewijsmiddelen niet, althans niet onmiskenbaar, blijkt van misbruik van de situatie of ongewenste beïnvloeding van de wil van het meisje.

Dat de Hoge Raad anders tegen de zaak aankijkt dan A-G Jörg, is duidelijk en op zichzelf ook niet problematisch. Maar wat nu precies het verschil in benaderingswijze is, wordt in het midden gehouden. Natuurlijk, op grond van *close reading* van de uitspraak kan daarover wel een hypothese worden geformuleerd. Zo komt het mij voor dat de Hoge Raad de feiten vooral heeft willen duiden vanuit het gezichtspunt dat artikel 245 Sr ook bescherming biedt tegen de verleiding die van een jeugdige persoon – *in casu* het meisje – is uitgegaan, waarbij de Hoge Raad de feiten kennelijk zo begrijpt dat het voor de verdachte duidelijk moet zijn geweest dat het meisje zich, mede vanwege haar obsessie voor de andere jongen dan de verdachte, heeft laten meesleuren in een 'spel' waarbij zij in zekere mate de controle over haarzelf is kwijtgeraakt. Alsdan zou de seks haar door de verdachte zijn opgedrongen. Dat zou dan weer verklaren waarom geen (doorslaggevende) betekenis wordt toegekend aan de uitlatingen van het meisje die wijzen op haar bereidheid tot seks met de verdachte. Kortom: de verdachte zou in de gegeven omstandigheden misbruik hebben gemaakt van de verleiding die van het meisje uitging.¹¹⁰ Maar of dit ook werkelijk de zienswijze van de Hoge Raad is, is niet geheel zeker. Te meer niet nu – in mijn ogen – de nadere bewijsoverwegingen van het gerechtshof vooral het perspectief van het betrokken meisje weergeven, maar veel minder duidelijk maken waarom bezien vanuit de verdachte sprake is geweest van het maken van misbruik van de omstandigheden. Om het maar eens eenvoudig te zeggen: op welk moment en op grond van welke specifieke omstandigheden had bij de verdachte een lichtje moeten gaan branden dat hij niet op de goede weg zat?¹¹¹

Het zou naar mijn mening dan ook te prefereren zijn geweest indien de Hoge Raad zelf had geëxpliciteerd waarom het gerechtshof naar zijn oordeel in deze zaak geen onjuist of onbegrijpelijk oordeel heeft geveld. Bovendien, zou de zo-even geformuleerde hypothese kloppen, dan had de

110. Vgl. ook onderdeel 6 van de noot van Keijzer onder het hier besproken arrest.

111. Spontane seks – in diverse varianten – is immers niet volslagen abnormaal onder jongeren. Vgl. onderdeel 27 van de conclusie van A-G Jörg voor het hier besproken arrest. Zie voor nadere beschouwingen Gooren & Moerings 2010.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

Hoge Raad wellicht ook het gezichtspunt van de bescherming tegen de verleiding die van een jeugdige persoon is uitgegaan, meer kunnen benadrukken. Dit gezichtspunt komt in eerdere rechtspraak weliswaar reeds naar voren,¹¹² maar het lijkt hier een doorslaggevende rol te spelen. Het gewicht dat wordt toegekend aan het gezichtspunt van de bescherming tegen de verleiding die van een jeugdige persoon is uitgegaan, is van wezenlijke betekenis voor de seksuele omgangsnormen die jongeren in acht *behoren* te nemen.

Voorts zou een nadere explicitering van de aan de veroordeling ten grondslag liggende redenering aanleiding kunnen zijn voor debat. Zo kan de vraag worden gesteld in hoeverre met het benadrukken van het gezichtspunt van de bescherming tegen de verleiding die van een jeugdige persoon is uitgegaan, het nog mogelijk is om te spreken van vrijwillige seksuele handelingen. Die vraag is relevant gelet op de ruimte die de wetgever heeft willen laten voor ‘normale consensuele seksuele contacten tussen jonge leeftijdsgenoten’,¹¹³ en ook in verband met de vraag in hoeverre strafrechtelijk optreden een geschikt middel is om de seksuele gewoonten van jeugdigen te beïnvloeden.

In meer algemenere zin zou men het ook zo kunnen formuleren dat met het toepassen van casuïstische redeneringen weliswaar geen *hard and fast rules* (kunnen) worden geformuleerd, maar dat de inkleding van dergelijke redeneringen wel alleszins van belang is omdat daarmee enig zicht wordt geboden op de mogelijkheden en de begrenzingen die aan een strafbaarstelling zijn verbonden.¹¹⁴ Aan een goede motivering is in dergelijke zaken ook een communicatie-element verbonden. Die communicatie richt zich niet alleen op de rechter die een volgend geval moet beoordelen, maar is mede relevant in verhouding tot de wetgever. Daar waar het overwegend in handen van de rechter ligt om de reikwijdte van strafbaarstelling af te bakenen, is het van belang dat de wetgever zich een oordeel kan vormen of aanpassing – in de zin van aanscherping, inperking of uitbreiding – van de delictsomschrijving wenselijk is.¹¹⁵

112. Zie HR 20 januari 1959, *NJ* 1959, 102 m.nt. WP en HR 20 januari 1959, *NJ* 1959, 103. Ook wordt in eerdere rechtspraak in meer algemene zin gesproken over bescherming tegen ongewenste beïnvloeding van de wil van jeugdige personen. Zie onder andere HR 24 juni 1997, *NJ* 1997, 676.

113. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 808 (R 1872), nr. 3, p. 10. Zie voorts *Kamerstukken II* 1989/90, 20 930, nr. 8, p. 6, *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 14, p. 16 en *Kamerstukken I* 2001/02, 27 745, nr. 299b, p. 10.

114. Zie nader over de inkleding van casuïstische argumentaties in rechtelijke uitspraken Rozemond 2007a.

115. Een ander voorbeeld betreft de strafbaarstelling van oplichting. In hoeverre speelt de handelingsonbekwaamheid van het slachtoffer een rol bij het aannemen van listige kunstgrepen? Zie hierover het zogeheten klusjesmanarrest, HR 4 april 2006, *NJ* 2006, 398, in het bijzonder de conclusie van A-G Knigge voor en de noot van Keijzer onder het arrest.

M.J. Borgers

In relatie tot de communicatie met de wetgever verdient vermelding de situatie waarin de wetgever – min of meer – welbewust de strafbaarstelling een ‘vague edge’ heeft meegegeven, bijvoorbeeld door de strafbaarstelling een ‘open einde’ te geven. Alsdan wordt het – impliciet of expliciet – aan de rechter overgelaten om de grenzen van de reikwijdte van de strafbaarstelling te trekken. Een voorbeeld betreft de strafbaarstelling van mensenhandel in artikel 273f Sr. Blijkens het tweede lid van deze bepaling omvat het bestanddeel uitbuiting ‘ten minste uitbuiting van een ander in de prostitutie, andere vormen van seksuele uitbuiting, gedwongen of verplichte arbeid of diensten, slavernij en met slavernij of dienstbaarheid te vergelijkbaren praktijken’. Deze niet-limitatieve opsomming geeft een zekere indruk van hetgeen de wetgever onder uitbuiting heeft willen verstaan, maar het wordt aan de rechter overgelaten om nader af te bakenen in welke gevallen van uitbuiting kan worden gesproken.¹¹⁶ Aan deze afbakening zijn complexe interpretatievragen verbonden.¹¹⁷ Het is dan ook alleszins begrijpelijk dat de Hoge Raad hier primair kiest voor een casuïstische benadering: ‘De vraag of – en zo ja, wanneer – sprake is van “uitbuiting” (...) is niet in algemene termen te beantwoorden, maar is sterk verweven met de omstandigheden van het geval’. Wel heeft de Hoge Raad enkele gezichtspunten benoemd die van belang zijn voor de beantwoording van die vraag.¹¹⁸ Met het benoemen van dergelijke gezichtspunten en door ook te laten zien op welke wijze deze van belang zijn voor de toetsing van oordelen van feitenrechters, kan de Hoge Raad – stapje voor stapje – inzichtelijk maken wat de reikwijdte is van de strafbaarstelling. Dat maakt op een gegeven moment evaluatie mogelijk,¹¹⁹ al dan niet gevolgd door bijstelling door de wetgever.¹²⁰

116. Dit is de consequentie van de keuze die de wetgever heeft gemaakt om de delictomschrijving vrijwel letterlijk te ontleen aan de tekst van internationale bepalingen, waaronder het kaderbesluit inzake de bestrijding van mensenhandel (*PbEG* 2002, L 203/1). Ook in de wetsgeschiedenis worden betrekkelijk weinig aanknopingspunten geboden voor de uitleg van de delictomschrijving. Zie hierover de Zevende rapportage van de nationaal rapporteur mensenhandel (2009), p. 532, 575, Lestrade & Ten Kate 2009, p. 854 en Alink & Wiarda 2010, p. 213.

117. Zie daarover de doorwrochte conclusie van A-G Knigge voor HR 27 oktober 2009, *LJN* BI7099, onder 29-56. Vgl. ook Korvinus, Koster & De Jonge van Ellemeet 2006 en Lestrade & Ten Kate 2009. Zie voorts de Vijfde rapportage van de nationaal rapporteur mensenhandel (2007), p. 259: ‘Bij de verbreding van de strafbaarstelling van mensenhandel heeft de wetgever onvoldoende duidelijk bepaald welke misstanden in relatie tot arbeid en diensten onder uitbuiting in de zin van mensenhandel vallen’.

118. HR 27 oktober 2009, *NJ* 2010, 598 m.nt. Y. Buruma.

119. Met het inzichtelijk maken van de reikwijdte van de strafbaarstelling worden ook kritische reflecties vanuit de literatuur beter mogelijk gemaakt (vgl. bijvoorbeeld de noot van Buruma onder het hier besproken arrest), hetgeen bijdraagt aan die evaluatie.

120. Vgl. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 291, nr. 3, p. 13, waarin de minister naar voren brengt dat hij wil afwachten hoe artikel 273f Sr in de praktijk zal worden toegepast, alvorens te bezien of specifieke bepalingen omtrent slavenhandel moeten worden gehandhaafd.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

6 (Te) ruime strafbaarstellingen

6.1 *Wat is het probleem?*

Er kan nog een derde vorm van ‘indeterminacy’ worden aangewezen. Het gaat dan om de delictsomschrijving die in bewoordingen is gesteld die in het licht van de ratio van desbetreffende strafbaarstelling wel erg ruim en eigenlijk té ruim uitpakken. Een mooi voorbeeld hiervan betreft de strafbaarstelling van witwassen. Deze strafbaarstelling omvat, zo kan worden betoogd, niet alleen typische witwashandelingen maar ook handelingen die – mede gelet op de beschouwingen in de parlementaire stukken omtrent de gedragingen die met de strafbaarstelling moeten worden bestreden – niet evident als witwasactiviteiten zijn te beschouwen. Kenmerkend is hier dat de tekst van de wet – juist omdat de tekst een zo ruim toepassingsbereik heeft – niet zozeer de bron van discussie is. Het is veeleer de ratio van de strafbaarstelling die maakt dat redelijke twijfel ontstaat of een bepaalde gedraging wel onder de reikwijdte van die strafbaarstelling valt of zou moeten vallen. In de terminologie van Schauer zou men hier kunnen spreken van ‘overinclusive’ normen: ‘the reach of the rule is broader than the reach of its background justification’.¹²¹

Een interessante vraag is nu of deze ‘overinclusive’ normen problematisch zijn in het licht van het legaliteitsbeginsel. De Hullu stelt in zijn handboek: ‘Het legaliteitsbeginsel heeft niet (...) zozeer betrekking op te ruime (...) als wel op onduidelijke strafbaarstellingen’.¹²² Weliswaar hebben te ruime strafbaarstellingen evenals onduidelijke strafbaarstellingen met elkaar gemeen dat beide de grenzen van de processuele bevoegdheden van de overheid niet helder afbakenen. Maar te ruime strafbaarstellingen zijn volgens De Hullu vooral problematisch vanuit de *ultimum remedium*-gedachte, omdat de wetgever meer gedragingen strafbaar heeft gesteld dan vanuit een oogpunt van rechtshandhaving strikt noodzakelijk is.

Uit het betoog van De Hullu kan worden afgeleid dat het rechtszekerheidsprobleem zoals dat speelt bij onduidelijke strafbaarstellingen, zich in zijn ogen niet – of in elk geval niet in een vergelijkbare mate – voordoet bij te ruime strafbaarstellingen. Aan De Hullu kan zonder meer worden toegegeven dat kenmerkend is voor de eerder besproken vormen van ‘indeterminacy’ – vage strafbaarstellingen en ‘vague edges’ – dat de onbepaaldheid betrekkelijk nauw samenhangt met de woorden waarin de norm is gesteld, doordat vage, open of abstract geformuleerde termen worden gebezigd. Bij te ruime strafbaarstellingen is, zoals hiervoor reeds aangegeven, de tekst niet het probleem. Het probleem is juist dat die tekst gevallen

121. Schauer 2009, p. 26-27.

122. De Hullu 2009, p. 95.

M.J. Borgers

omvat die buiten de eigenlijke kern van de strafbaarstelling (lijken te) liggen. Er is dus inderdaad sprake van een verschil. Maar gaat het ook om een – in het licht van de rechtszekerheid – relevant verschil?

Mede gelet op de bevindingen in paragraaf 3.2 komt het mij voor dat men de rechtszekerheid die het legaliteitsbeginsel beoogt te waarborgen, niet alleen moet koppelen aan de tekst van de wet. Strafbearstellingen krijgen evenzeer inhoud aan de hand van de wetsgeschiedenis, de wetssystematiek alsmede het doel en de strekking van de wet. Daarbij wordt betekenis gehecht aan (veranderingen in) de maatschappelijke context waarin het strafrecht functioneert, en de gerechtvaardigde verwachtingen van burgers dat fundamentele rechten door middel van het strafrecht worden beschermd. Binnen dit kader moeten de verschillende vormen van ‘indeterminacy’ vooral worden gezien als variaties op één thema. Het gaat er telkens om dat de tekst van de wet op de één of andere wijze aanleiding geeft tot een nadere beschouwing over de betekenis van de norm.

Kenmerkend voor vage normen is dat de toepassing van deze normen vergt dat er anderszins, buiten de tekst van de norm, valide aanknopingspunten voorhanden zijn voor de interpretatie. Hoe problematisch een vage norm is, hangt af van de mate waarin dergelijke aanknopingspunten beschikbaar zijn en kunnen worden geoperationaliseerd. Waar het gaat om de zogeheten ‘vague edges’ van strafbaarstellingen, betreft het – zo is eerder geconstateerd – situaties waarin discussie over de betekenis van de bewoordingen van de wet al snel verwordt tot discussie over het doel, de strekking en de reikwijdte van de wettelijke norm. Bij ‘overinclusive’ normen roept een op zichzelf duidelijke tekst toch vragen op, juist omdat de tekst in meer gevallen tot strafbaarheid lijkt te leiden dan vanuit de ratio van de strafbaarstelling kan worden gerechtvaardigd. Ook dan is er een duidelijke spanning tussen enerzijds de tekst van de norm en anderzijds de wetsgeschiedenis, de wetssystematiek en/of het doel en de strekking van de wet, die leidt tot onzekerheid over de betekenis van de wettelijke norm.

Een tegenwerping zou kunnen zijn dat in het geval van ‘overinclusive’ normen de burger weliswaar in twijfel kan geraken door het verschil tussen tekst en ratio, maar dat hij juist vanwege de duidelijke tekst er beducht voor moet zijn dat de reikwijdte van de norm ruim uitpakt, wellicht ook ruimer dan men wenselijk zou bevinden. Bij vage strafbaarstellingen en in het geval van ‘vague edges’ ligt dat anders, reeds omdat de tekst van de norm geen duidelijke richting aangeeft. Het gaat hier inderdaad om een verschil, maar mijns inziens dan wel om een gradueel verschil. De uitleg van een onduidelijk geformuleerde norm kan immers zowel ruim als beperkt uitpakken. In zoverre verschaft een dergelijke norm niet wezenlijk meer zekerheid dan een ‘overinclusive’ norm. Anders gezegd: de voorzienbaarheid is eerst en vooral in het geding indien er dusdanig veel ‘ruis’ ontstaat over de betekenis van een norm, dat die norm onvoldoende houvast biedt voor de burger die zijn gedragingen op de wet wil afstemmen.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

Een dergelijke situatie doet zich ook voor indien de tekst van de wettelijke norm op zich duidelijk is, maar er anderszins gereede twijfel ontstaat over de (beoogde) reikwijdte van de norm.

De Hullu geeft terecht aan dat te ruime strafbaarstellingen problematisch zijn omdat de grenzen van de processuele bevoegdheden van de overheid niet helder worden afgebakend. Dat probleem hangt mijns inziens echter niet uitsluitend samen met het negeren van de *ultimum remedium*-gedachte. Evenzeer is hier het legaliteitsbeginsel aan de orde. Het legaliteitsbeginsel strekt er niet alleen toe de grenzen van de overheidsmacht te markeren, maar tevens om de handelingsvrijheid van de burger te beschermen. Mede daarom dient in de wet duidelijk te worden aangegeven waar de grenzen van die vrijheid liggen.¹²³ Daar waar redelijke twijfel bestaat over de reikwijdte van een wettelijke norm (bijvoorbeeld vanwege een discrepantie tussen tekst en ratio), is sprake van een problematische norm, niet alleen gezien vanuit de *ultimum remedium*-gedachte maar tegelijkertijd vanwege het legaliteitsbeginsel.

In dit verband zou ook de democratische legitimatie van wettelijke normen kunnen worden aangestipt. Het legaliteitsbeginsel strekt er niet alleen toe dat strafrechtelijke aansprakelijkheid uit de wet voortvloeit, maar ook dat de aldus gestelde strafrechtelijke normen democratisch zijn gelegitimeerd.¹²⁴ In dit perspectief is het problematisch indien de tekst van de wet het toelaat dat strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake van een bepaalde gedraging wordt aangenomen, terwijl het tegelijkertijd onduidelijk is of de wetgever die gedraging daadwerkelijk strafbaar heeft willen stellen.¹²⁵

6.2 (Te) ruime strafbaarstellingen in de rechtspraak

6.2.1 Enkele voorbeelden

Eén van de meest sprekende voorbeelden van een ‘overinclusive’ strafbaarstelling betreft witwassen, zoals strafbaar gesteld in artikel 420bis-420quater Sr.¹²⁶ In de kern houdt witwassen verband met een proces van

123. Vgl. Groenhuijsen 1987, p. 31.

124. Vgl. Groenhuijsen 1987, p. 31.

125. Hierin zou ook een argument kunnen worden gevonden voor terughoudendheid bij de vervolging van dergelijke delicten en in relatie daarmee ook voor een strengere rechterlijke toetsing van de vervolgingsbeslissing. Vgl. Buruma in onderdeel 4 van zijn annotatie onder HR 18 april 2006, *NJ* 2006, 397 en, kritisch daarover, Duker 2010, p. 243. In het licht van het legaliteitsbeginsel, meer in het bijzonder de rechtszekerheid, is dit echter een suboptimale oplossing, omdat langs deze weg geen duidelijke beperking wordt gesteld aan de reikwijdte van de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Vgl. ook De Hullu 2009, p. 100.

126. ‘Art. 420bis Sr is geen wonder van wetgeving; een wonderlijke bepaling is het wel’, aldus Keijzer in onderdeel 3 van zijn noot onder HR 26 oktober 2010, *NJ* 2010, 655.

M.J. Borgers

versluiting van de herkomst van criminele gelden.¹²⁷ Witwashandelingen zijn dan al die handelingen die op enigerlei wijze onderdeel uitmaken van dit proces. De strafbaarstelling van artikel 420bis e.v. Sr is echter zodanig opgezet dat, afgaande op de tekst van de wet, voor strafbaarheid in principe volstaat dat men een uit – een al dan niet gespecificeerd – misdrijf afkomstig voorwerp bezit. Daarmee kan strafrechtelijke aansprakelijkheid ook worden aangenomen indien de gestelde gedraging geen element van versluiting in zich draagt. Wie een fiets steelt en daarop wegrijdt, is naar de letter van de wet al aan het witwassen. In essentie heeft dat met witwassen – het op enigerlei wijze (trachten te)¹²⁸ versluiten van de wederrechtelijke herkomst van vermogensbestanddelen – niets van doen.¹²⁹

Ook anderszins kan worden gewezen op ‘onverwachte mogelijkheden’ die de strafbaarstelling van witwassen lijkt te bieden, in het bijzonder waar het gaat om de ‘extraterritoriale werking’ van deze strafbaarstelling. Daarvan is sprake indien in het buitenland begane strafbare feiten indirect in Nederland worden vervolgd, namelijk vanwege het genieten van opbrengsten uit die feiten.¹³⁰ Daardoor ontstaat feitelijk extraterritoriale rechtsmacht zonder specifieke wettelijke grondslag. Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet dat dit is beoogd met de strafbaarstelling van witwassen. Tot slot noem ik de mogelijkheid om, met enige creativiteit, verjaarde vermogensmisdrijven te vervolgen via de ‘omweg’ van het witwassen. Die mogelijkheid bestaat eruit dat, indien het gronddelict eerder zou verjaren dan het witwas misdrijf, na die verjaring toch nog vervolging plaatsvindt wegens witwassen, ook al bestaat dat witwassen uit niet meer dan het voorhanden hebben (gehad) van de opbrengst uit het verjaarde misdrijf. Technisch is dit mogelijk, maar het is de vraag of dat ook een beoogde en wenselijke constructie is.¹³¹

127. Zie uitvoerig over deze strafbaarstelling Haverkate 2008. Hoewel Haverkate de huidige delictsommschrijving niet problematisch acht, noteert hij op p. 61 dat ‘niet ontkend [kan] worden dat de witwasbepalingen vele mogelijkheden bieden’, terwijl hij ook spreekt van ‘een nagenoeg algemene strafbaarheid van nabereidingshandelingen met betrekking tot misdrijven die opbrengsten genereren’. Overigens laat zich uit de wetsgeschiedenis niet afleiden dat een dergelijke algemene strafbaarheid is nagestreefd.

128. Voor witwassen is niet vereist dat men slaagt in die versluiting. Sterker nog, wanneer de versluiting succesvol geschiedt, zal niemand in de gaten hebben dat van witwassen sprake is. Men zou dan ook kunnen stellen dat politie en justitie zich per definitie bezighouden met mislukte witwastrajecten.

129. Zie nader mijn noot onder HR 2 oktober 2007, *NJ* 2008, 16.

130. Kristen 2010b, p. 150-151.

131. Vgl. mijn noot onder HR 9 december 2008, *NJ* 2009, 147. Overigens vloeit uit HR 26 oktober 2010, *NJ* 2010, 655 m.nt. N. Keijzer, een zekere beperking voort voor deze constructie, omdat in deze uitspraak is uitgemaakt dat het voorhanden van de opbrengst van een misdrijf niet in alle omstandigheden als witwassen kan worden gekwalificeerd. Dit arrest komt nader aan de orde in de hoofdttekst.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

Een andere strafbaarstelling die in dit verband de aandacht trekt, betreft belaging. In de kern ziet deze strafbaarstelling op de stelselmatige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. De tamelijk ruime formulering van de strafbaarstelling, in combinatie met het gegeven dat in de wetsgeschiedenis niet erg duidelijk wordt afgebakend wanneer van een stelselmatige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer sprake is,¹³² brengt met zich dat ‘allerlei gedrag onder [de strafbaarstelling van artikel 285b Sr; MJB] te vangen is waarvan maar de vraag is of het binnen de (bedoelde) reikwijdte van de strafbepaling valt’.¹³³ Zo dadelijk volgt een voorbeeld waarmee dit wordt geïllustreerd.

Hoe gaat de Hoge Raad om met ‘overinclusive’ strafbaarstellingen? Het antwoord op deze vraag hangt ervan af naar welke uitspraak men kijkt. Er zijn uitspraken voorhanden waarin de Hoge Raad nauwelijks laat doorklinken dat een strafbaarstelling problematisch is – in die zin dat deze complexe interpretatievragen oplevert – vanwege de spanning tussen de tekst en de ratio. Maar er is ook rechtspraak waarin de Hoge Raad vanwege de spanning tussen de tekst van een strafbaarstelling en de beoogde reikwijdte wél paal en perk stelt aan de reikwijdte van de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Door middel van een beknopt overzicht schets ik de stand van zaken.

6.2.2 Niet-problematiserende uitspraken

De eerste benadering, waarin de reikwijdte van de strafbaarstelling niet wordt geproblematiseerd, komt onder andere naar voren in enkele – maar zoals verder nog zal blijken, niet alle – uitspraken over witwassen, waaronder een uitspraak waarin de vraag aan de orde is of het bezit van ‘zwart’ – niet-gefiscaliseerd – geld witwassen oplevert.¹³⁴ In de desbetreffende uitspraken wordt nauwelijks gearticuleerd wat de rechtsgoederen zijn die de strafbaarstelling beoogt te beschermen,¹³⁵ en in hoeverre in dat perspectief

132. In die zin is er niet alleen sprake van een ‘overinclusive’ strafbaarstelling, maar wordt de strafbaarstelling ook gekenmerkt door het gebruik van open geformuleerde delictsbestanddelen.

133. Duker 2007, p. 146. Vgl. voorts Krabbe & Wedzinga 1998, p. 230, Van Klink & Royakkers 1998, p. 639-640, Royakkers & Van Klink 1998, p. 16-17 en Pelser 1999, p. 242.

134. Zie HR 2 oktober 2007, *NJ* 2008, 16 alsmede HR 7 oktober 2008, *NJ* 2009, 94, en voor een verdere uitwerking en nadere bronverwijzingen mijn annotaties onder deze uitspraken. Aan die bronverwijzingen laat zich nog toevoegen Peek 2009. Ik wijs voorts nog op de conclusie van A-G Machielse voor HR 26 oktober 2010, *L/N* BN4298, waarin de vraag aan de orde komt of het in strijd met de wet wisselen van geld reeds witwassen (vanwege het onder zich hebben van dat geld) oplevert. Machielse beantwoordt die vraag positief onder verwijzing naar het zojuist genoemde arrest van 7 oktober 2008. De Hoge Raad verwerpt de desbetreffende klacht met toepassing van artikel 81 RO.

135. Het gaat, blijkens de wetsgeschiedenis, bij witwassen om het voorkomen van een aantasting van de integriteit van het financiële en economische verkeer en van de openbare orde doordat gelden met een criminele oorsprong een (schijnbaar) legale rol in dat verkeer kunnen gaan spelen zonder dat dit voor de bonafide deelnemers aan dat verkeer kenbaar is. Zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 159, nr. 3, p. 5.

M.J. Borgers

twijfel zou kunnen bestaan over de strafwaardigheid van bepaalde casusposities die zich onder de letter van de delictsomschrijving laten brengen. In plaats daarvan wordt volstaan met het aanhalen van een enkele passage uit de wetsgeschiedenis ter rechtvaardiging van een uitleg overeenkomstig de tekst van de wet, terwijl de relevantie van dergelijke passages wellicht minder evident is dan de Hoge Raad doet voorkomen. De uitkomst van het interpretatieproces wordt daarmee nogal stellig gepresenteerd.

Ook in de rechtspraak over belaging besteedt de Hoge Raad betrekkelijk weinig aandacht aan de mogelijkheden voor een zodanige interpretatie van de delictsomschrijving dat de reikwijdte van de strafbaarstelling meer tot de kern wordt beperkt. Een interessante uitspraak in dit verband, waar ik ter illustratie langer bij stil wil staan, houdt verband met de vraag in hoeverre een burencollict belaging kan opleveren.¹³⁶ Hierbij kan worden gedacht aan de situatie waarin een bewoner zich zodanig gedraagt dat de burenen daar veel overlast van ondervinden. Denk aan de buurljongen die elke dag urenlang oorverdovende *grunge* draait.¹³⁷ Dat kan op zichzelf worden aangemerkt als het maken van een stelselmatige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en in zoverre brengt de tekst van de delictsomschrijving geen beperking met zich. Tegelijkertijd is het de vraag of het hier nu 'prototypisch' gaat om belaging, omdat dit delict juist betrekking lijkt te hebben – zo kan althans uit de wetsgeschiedenis worden afgeleid – op situaties waarin iemand *gericht* inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer van een persoon.¹³⁸ Daarvan is bij de overlast veroorzakende buurlbewoner niet per definitie sprake. Hoezeer de burenen ook hinder ondervinden van deze bewoner, het hoeft de bewoner niet specifiek te doen te zijn om de persoon van de burenen. In zoverre kan de veroorzaakte overlast ook ongericht zijn.

De wetsgeschiedenis biedt op dit punt verder weinig houvast. Duidelijk is dat geen principiële belemmering bestaat om gedragingen in het kader van burencollicten onder de reikwijdte van de strafbaarstelling te brengen, terwijl ook wordt opgemerkt dat 'ongerichte belaging' niet goed denkbaar is, maar voor het overige is het volgens de indieners van het wetsvoorstel afhankelijk van de concrete feiten en omstandigheden van het geval of sprake is van belaging. In dit verband wordt nog opgemerkt dat de rechtspraak met de benodigde afbakeningen weet om te gaan.¹³⁹ Tegen deze achtergrond brengt A-G Knigge het volgende naar voren:

136. HR 7 februari 2006, *NJ* 2007, 107 m.nt. P.A.M. Mevis.

137. Wikipedia geeft de volgende omschrijving: 'grunge is generally characterized by heavily distorted electric guitars, contrasting song dynamics, and apathetic or angst-filled lyrics'.

138. Vgl. Van Klink & Royakkers 1998, p. 639-640, Royakkers & Van Klink 1998, p. 12, 15 en Malsch 2004, p. 49.

139. *Kamerstukken I* 1999/2000, 25 768, nr. 67a, p. 5, 7-8.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

‘Het gedrag dat de initiatiefnemers tot de strafbaarstelling van stalking in elk geval primair op het oog hadden, was handelen vanuit een gemankeerde, op het slachtoffer geprojecteerde relatie. Tegelijk slaagden de indieners er niet in om dit gedrag op een heldere wijze af te bakenen van ander storend, overlast veroorzakend gedrag. Dat leidde tot een wettekst die, naar de letter genomen, veel te ruim is en tot een in arremoeude uitgesproken vertrouwen in de rechtspraak. (...) Een en ander biedt de rechter mijns inziens enige vrijheid bij het zoeken naar de noodzakelijke afgrenzing.’¹⁴⁰

Die afgrenzing kan volgens Knigge – mede gelet op het doel en de strekking van het misdrijf en de wetssystematiek – worden gevonden door de exclusieve gerichtheid van het gedrag op de persoon van het slachtoffer als stilzwijgend of impliciet bestanddeel van de delictsomschrijving te beschouwen.¹⁴¹ Dat is – in mijn ogen – een aansprekende suggestie, omdat uit de wetsgeschiedenis niet alleen blijkt dat de indieners van het wetsvoorstel de noodzaak van een heldere afbakening van de delictsomschrijving zonder meer onderschrijven, maar ook dat zij met de vormgeving van die afbakening nogal hebben geworsteld,¹⁴² terwijl geenszins is gewild dat de strafbaarstelling van belaging ongelimiteerd kan worden ingezet: ‘Belaging wordt niet een panacee voor alle ongemak.’¹⁴³

De Hoge Raad gaat niet in op het voorstel van A-G Knigge. De Hoge Raad legt het accent veeleer op de stelselmatigheid van de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van een ander. Daarbij gaat het erom, zo overweegt de Hoge Raad, of het lastigvallen van een ander een zekere mate van indringendheid, duur en frequentie heeft. In hoeverre de Hoge Raad daarmee ongerichte belaging strafbaar acht, is niet geheel duidelijk. Ligt in het door de Hoge Raad genoemde criterium besloten dat eerst gesproken kan worden van de vereiste mate van indringendheid, duur en frequentie, indien er sprake is van een doelgerichte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de ander?¹⁴⁴ Of acht de Hoge Raad het mogelijk dat een niet doelgerichte inbreuk kan volstaan, mits de inbreuk zelf maar van een zeker gewicht is?¹⁴⁵ Door hierover geen duidelijkheid te verschaft

140. Onderdeel 37 van de conclusie.

141. Op dit punt wordt hij bijgevalen door Mevis in zijn noot onder het hier besproken arrest.

142. Zie vooral de gedachtenwisseling in de Eerste Kamer, *Kamerstukken I* 1999/2000, met name p. 1359-1362.

143. *Kamerstukken I* 1999/2000, 25 768, nr. 67a, p. 7.

144. Vooral de indringendheid zou daarvoor een aanknopingspunt kunnen bieden. Het feit dat de inbreuk zich op de persoonlijke levenssfeer van een specifieke persoon richt, maakt die inbreuk voor die persoon klemmender dan een ongerichte inbreuk. Vgl. onderdelen 34-35 van de conclusie van A-G Knigge voor HR 30 mei 2006, *NJ* 2006, 319.

145. In die zin dat ‘meer contacten worden afgedwongen dan samenhangen met de gewone omgang van burens onder elkaar’. Zie voor dit criterium Noyon-Langemeijer-Remmelink (losbladig), aantekening 5 op artikel 285b (bewerkt door Machiels).

fen,¹⁴⁶ laat de Hoge Raad onzekerheid bestaan over de reikwijdte van de strafbaarstelling van belaging.

6.2.3 Het aanbrengen van beperkingen

Met de zojuist gegeven voorbeelden is niet gezegd dat de Hoge Raad nimmer bereid zou zijn om – duidelijk – paal en perk te stellen aan de reikwijdte van een strafbaarstelling. Want er zijn ook uitspraken waarin de Hoge Raad die bereidheid wel degelijk toont. Een mooi voorbeeld daarvan is de uitspraak waarin de Hoge Raad een beperking aanvaardt op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van erfgenamen wegens witwassen.¹⁴⁷ Die beperking is met name van belang in de situatie waarin men, nadat de erfenis is aanvaard, er achter komt dat de erfenis crimineel geld omvat. De tekst van artikel 420bis-quater Sr brengt met zich dat de erfgenaam op dat moment vrijwel automatisch strafbaar wordt. Dat wordt evenwel niet redelijk geacht. Derhalve heeft de Hoge Raad bepaald dat degene die een erfenis heeft aanvaard en er dan achter komt dat de erfenis uit enig misdrijf afkomstig is, niet wegens witwassen kan worden veroordeeld indien het oogmerk ontbreekt de (verdere) feitelijke zeggenschap over de uit misdrijf afkomstige voorwerpen uit te oefenen. Dat oogmerk ontbreekt in ieder geval wanneer de erfgenaam onverwijld politie en justitie inlicht en de erfenis, althans het uit enig misdrijf afkomstige gedeelte daarvan, ‘vrijwillig’ aan de Staat afdraagt.¹⁴⁸ De Hoge Raad licht deze aanvaarding van een beperking op de strafrechtelijke aansprakelijkheid niet anders toe dan met een beroep op een redelijke wetsuitleg. Daarbij lijkt voor de Hoge Raad een belangrijke rol te hebben gespeeld dat de wetsgeschiedenis een tamelijk concreet aanknopingspunt biedt voor het aanvaarden van deze beperking.¹⁴⁹

146. Mevis lijkt er in zijn noot onder het hier besproken arrest van uit te gaan dat de Hoge Raad evenals A-G Knigge de eis stelt dat er sprake is van een specifiek op het slachtoffer gerichte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, al had de Hoge Raad die gerichtheid naar de mening van Mevis wel wat meer mogen benadrukken. Duker 2007, p. 152, stelt daarentegen dat de Hoge Raad – overigens ook in het latere arrest van 30 mei 2006, *NJ* 2006, 319 – in het midden laat of exclusieve gerichtheid al dan niet is vereist.

147. HR 5 september 2006, *NJ* 2006, 612 m.nt. M.J. Borgers. Een ander, nogal technisch-juridisch voorbeeld betreft HR 23 november 1999, *NJ* 2000, 587 m.nt. D.H. de Jong, waarin paal en perk wordt gesteld aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid van medeplegers van het delict van artikel 341, aanhef en sub 3, Sr. Zie nader de instructieve uiteenzetting van De Jong in zijn noot onder dit arrest.

148. Vgl. voor een variant hierop Rb. Roermond 23 april 2010, *LJN* BM2176: ontslag van alle rechtsvervolgning omdat de verdachte, nadat hij had ontdekt dat de op zijn bankrekening gestorte bedragen uit oplichting afkomstig waren, zo snel mogelijk is overgegaan tot het retourneren van die bedragen aan de rechthebbenden.

149. De Hoge Raad citeert een passage uit *Kamerstukken I* 2001/02, 27 159, nr. 33a, p. 5-6. Daarin is het voorbeeld aan de orde van een transactie met betrekking tot een plezierjacht, waarbij later blijkt dat er misdaadgeld in het spel is. De minister geeft aan dat voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid dan relevant is of op dat moment al dan niet politie en justitie worden ingeschakeld.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

Deze laatste constatering is niet zonder belang. De Hullu noteert dat het ‘probleem van erg (en misschien wel te) ruime delictsomschrijvingen’ zou kunnen worden opgelost door te kiezen voor een interpretatie die niet ‘tot een wezensvreemde toepassing van het delict’ leidt, om zodoende ‘een zinvolle en passende beperking’ te bereiken. Hij voegt daaraan toe: ‘Maar de rechter heeft het daarbij in mijn ogen wel moeilijk: het wezen van het delict is een begrip met weinig harde ijkpunten. Waar de wetgever kennelijk van geen beperking heeft willen weten, is het doorgaans voor de rechter moeilijk een grond voor restrictieve interpretatie te formuleren en te rechtvaardigen.’¹⁵⁰

Deze zienswijze verklaart waarom een concreet aanknopingspunt in de wetsgeschiedenis goed van pas komt wanneer een beperking op de strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt aangebracht. Alsdan blijkt immers – tot op zekere hoogte – dat de wetgever van een beperking heeft willen weten.¹⁵¹ Veelal treft men in de wetsgeschiedenis echter geen passages aan waarin duidelijk en expliciet wordt ingegaan op de vraag of de wetgever van een beperking heeft willen weten. Doorgaans heeft de rechter het te doen met enkele, al dan niet aan de wetsgeschiedenis ontleende, indicaties dat een zekere beperking waarschijnlijk is beoogd. Of de wetgever al dan niet van een beperking in de strafrechtelijke aansprakelijkheid heeft willen weten, is wat dat betreft een (interpretatie)vraag, waarbij het antwoord soms (re)constructie van ‘de wil van de wetgever’ vereist.

Twee recente uitspraken die eveneens draaien om de strafbaarstelling van witwassen, zijn in dit verband illustratief. In de ene zaak aanvaardt de Hoge Raad wederom een kwalificatieuitsluitingsgrond, die van toepassing is ‘indien vaststaat dat het enkele voorhanden hebben door de verdachte van een voorwerp dat afkomstig is uit een door hemzelf begaan misdrijf niet kan hebben bijgedragen aan het verbergen of verhullen van de criminele herkomst van dat voorwerp’.¹⁵² De Hoge Raad citeert in dit arrest uitvoerig uit de parlementaire stukken. De desbetreffende passages bieden, anders dan in de zojuist besproken zaak over het aanvaarden van een erfenis die crimineel geld bevat, geen concrete handvatten voor de aanvaarding van een dergelijke kwalificatieuitsluitingsgrond. Niettemin rijst uit de geciteerde stukken wel het beeld dat die strafbaarstelling naar de letter wat ruimer is uitgevallen dan op dat moment voor wenselijk werd gehouden.

150. De Hullu 2009, p. 99.

151. Ook in het omgekeerde geval – wanneer in de wetsgeschiedenis duidelijk naar voren komt dat de wetgever juist niet van een beperking heeft willen weten – staat de rechter niet voor een moeilijke rechtsvraag. Al is het uiteraard niet uitgesloten dat dan anderszins valide argumenten aanwezig zijn om toch de reikwijdte van de strafbaarstelling te beperken. In een dergelijk geval mag van de strafrechter ten minste worden verlangd dat hij de kwestie onder de aandacht van de wetgever brengt. Zie daarover paragraaf 8.

152. HR 26 oktober 2010, *NJ* 2010, 655 m.nt. N. Keijzer.

M.J. Borgers

Kennelijk – en terecht – heeft de Hoge Raad hierin aanleiding gevonden voor de aanvaarding van de kwalificatieuitsluitingsgrond.¹⁵³

In de andere zaak geeft de Hoge Raad aan dat ‘bepaald gedrag onder omstandigheden niet als witwassen kan worden gekwalificeerd’, in de situatie waarin – kort gezegd – vermenging van legaal verkregen vermogensbestanddelen met van uit misdrijf afkomstige vermogensbestanddelen heeft plaatsgevonden en/of de aangetroffen vermogensbestanddelen in een ver verwijderd verband staan met het gronddelict.¹⁵⁴ De Hoge Raad verstrekt daarbij diverse gezichtspunten die van belang zijn voor het oordeel in het concrete geval of deze kwalificatieuitsluitingsgrond toepassing vindt. Interessant is nu dat in de door de Hoge Raad geciteerde passages uit de wetsgeschiedenis eigenlijk nauwelijks specifieke en eenduidige aanknopingspunten zijn te vinden voor de beperking die de Hoge Raad aanbrengt in de reikwijdte van het witwasmisdrijf. Toch neemt de Hoge Raad tot uitgangspunt dat ‘[d]e wetgever het aldus aan het openbaar ministerie en de rechter [heeft] overgelaten ervoor te zorgen dat de witwasbepalingen niet worden toegepast ten aanzien van in wezen niet-straftwaardige gedragingen’, terwijl ook wordt genoteerd dat ‘een onbegrensde wetstoepassing niet in alle gevallen strookt met de bedoeling van de wetgever’. Ook in deze uitspraak toont de Hoge Raad zich bereid – ook al wordt dat niet uitvoerig toegelicht – om de verschillende onderdelen van de wetsgeschiedenis in onderlinge samenhang te beschouwen en een relatie te leggen met de doelstellingen van de witwasbepaling. De Hoge Raad lijkt daarbij in aanmerking te nemen dat een delict als witwassen zich, vanwege de uiteenlopende verschijningsvormen waarin dat witwassen zich kan voordoen, niet eenvoudig laat afbakenen in een delictsomschrijving. Daardoor is het (des te meer) van belang dat de rechter bij de toepassing van delictsomschrijving in concrete zaken de kern van het witwasmisdrijf goed in het oog houdt.

6.2.4 Slotsom: de rechter als evenwichtskunstenaar

Op basis van het vorenstaande overzicht kan niet heel scherp worden aangegeven wanneer de Hoge Raad al dan niet bereid is om de reikwijdte van de aansprakelijkheid zoals die voortvloeit uit (te) ruim opgezette strafbaarstellingen, van beperkingen te voorzien. Het aanvaarden van een dergelijke beperking is geen schering en inslag, maar de bereidheid daartoe bestaat onder omstandigheden wel en lijkt – gelet op de recente witwasuitspraken – ook toe te nemen. Dat er geen scherpe demarcatielijn valt te trekken, hoeft wellicht ook geen verbazing te wekken. Juist op het hier bespro-

153. Keijzer werpt overigens terecht vragen op met betrekking tot de (toch nog beperkte) reikwijdte van deze kwalificatieuitsluitingsgrond. Zie zijn noot onder het hier besproken arrest. Ik ga hier niet nader op in.

154. HR 23 november 2010, *LJN* BN0578.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

ken terrein van de toepassing van ‘overinclusive’ strafbaarstellingen is de rechter bij uitstek een evenwichtskunstenaar.

7 Voorzienbaarheid

7.1 Rechtszekerheid en het perspectief van de burger

Alvorens over te gaan tot het spinnen van enkele rode draden verdient één onderwerp nadere aandacht. Juist omdat de interpretatievrijheid van de rechter groot blijkt te zijn, ligt de vraag op tafel of voldoende betekenis wordt toegekend aan de rechtszekerheid als aan het legaliteitsbeginsel ten grondslag liggende waarde. Meer specifiek gaat het dan om de wijze waarop in de rechtspraak wordt omgegaan met de voorzienbaarheid van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Heeft de verdachte een reële mogelijkheid om zich te verweren met de stelling dat voor hem de betekenis van de norm niet voldoende kenbaar was en dat dus in subjectieve zin de strafrechtelijke aansprakelijkheid niet voorzienbaar was? Een dergelijk verweer veronderstelt dat de verdachte voorafgaand aan de gedraging zich daadwerkelijk heeft georiënteerd op de betekenis van de norm, maar dat hij daaraan een andere betekenis heeft toegekend – en meende te mogen toekennen – dan nadien door de rechter aan de norm wordt gegeven. In hoeverre kan een verdachte zich dan disculperen?

7.2 De stand van zaken

Uit het eerder besproken kruisla-arrest blijkt dat de Hoge Raad het bepaaldheidsgebod op zichzelf erkent. Dit gebod houdt – als vereiste van rechtszekerheid – in, zo overweegt de Hoge Raad, dat de burger moet kunnen weten ter zake van welke gedragingen hij kan worden gestraft. Tegelijkertijd is van een daadwerkelijke toetsing aan het bepaaldheidsgebod geen sprake, zo is gebleken in paragraaf 3.2. Langs deze lijn speelt de voorzienbaarheid dan ook geen werkelijke rol van betekenis. Dit ligt anders met betrekking tot een beroep op rechtsdwaling, of nauwkeuriger gezegd: afwezigheid van alle schuld wegens dwaling ten aanzien van de wederrechtelijkheid van het bewezenverklarde feit.¹⁵⁵ De rechtspraak

155. Zie onder andere HR 23 mei 1995, *NJ* 1995, 631. Ik ga niet nader in op kleurloos en boos opzet. Het hanteren van een boos opzetvereiste, zij het dan in een vorm waarin voorwaardelijk boos opzet volstaat, zou ruimte kunnen bieden om rekening te houden met de complexiteit van de ordeningswetgeving. Hiermee zou in bepaalde situaties een mouw kunnen worden gepast aan problemen van voorzienbaarheid. Zie daarover de conclusie van A-G Vellinga voor en de noot van Buruma onder HR 24 april 2007, *NJ* 2007, 544 en voorts – ook voor relativerende kanttekeningen – De Hullu 2009, p. 219. De Hoge Raad heeft evenwel een duidelijke keuze gemaakt voor het kleurloos opzet. Zie naast het zojuist genoemde arrest ook HR 21 april 2009, *NJ* 2009, 210.

M.J. Borgers

biedt enige ruimte voor het slagen van een dergelijk verweer. Om hoeveel ruimte gaat het?

De Hoge Raad hanteert als uitgangspunt dat voor het slagen van een beroep op rechtsdwaling aannemelijk moet worden dat een verdachte heeft gehandeld in een verontschuldigbare onbewustheid ten aanzien van de ongeoorloofdheid van de hem verweten gedraging.¹⁵⁶ Centraal staat dan dus niet de vraag of *de norm* waaruit die ongeoorloofdheid voortvloeit, voldoende concreet is (en dus minimale gedragsleidende betekenis heeft),¹⁵⁷ maar de vraag of *de verdachte* zich mogelijk niet bewust is geweest en ook niet hoefde te zijn dat zijn gedraging in strijd met de wet was. Overigens kan, zoals nog naar voren zal komen, voor de beantwoording van die laatste vraag de kwaliteit van de norm wel een rol spelen.

Van verontschuldigbare onbewustheid is blijkens de rechtspraak van de Hoge Raad niet snel sprake.¹⁵⁸ Allereerst geldt dat men de nodige inspanningen moet hebben gedaan en initiatieven hebben ontplooid om zich op de hoogte te stellen van de stand van het recht.¹⁵⁹ Dat moet er vervolgens toe hebben geleid dat de verdachte daadwerkelijk in de overtuiging verkeerde dat zijn handelen niet in strijd zou zijn met de bepaling waarop nadien de tenlastelegging is toegesneden,¹⁶⁰ of enige andere strafbaarstelling.¹⁶¹ Er moet dus geen twijfel over die geoorloofdheid hebben bestaan.¹⁶² Indien de verdachte zich bewust is of moet zijn geweest van de mogelijkheid dat zijn handelen rechtens ongeoorloofd was, faalt het beroep op rechtsdwaling dan ook.¹⁶³

Zie ik het goed, dan staat met het voldaan zijn aan deze twee vereisten, nog niet vast dat er sprake is van afwezigheid van alle schuld.¹⁶⁴ Of de onbewustheid ten aanzien van de ongeoorloofdheid van de hem verweten gedraging, ook *verontschuldigbaar* is, hangt af van de mate waarin de verdachte zich heeft ingespannen¹⁶⁵ en van de redelijkheid van de gevormde

156. Zie onder andere HR 23 mei 1995, *NJ* 1995, 631 en HR 4 april 2006, *NJ* 2007, 144 m.nt. T.M. Schalken.

157. Zie daarover paragraaf 4.3.

158. Het navolgende is mede gebaseerd op het overzicht bij De Hullu 2009, p. 358-360.

159. HR 23 mei 1978, *NJ* 1979, 26, HR 31 oktober 2000, *NJ* 2001, 14 en HR 31 oktober 2006, *NJ* 2006, 602.

160. HR 9 maart 2004, *NJ* 2004, 675 m.nt. P.M. & R. de Lange.

161. In HR 14 september 1981, *NJ* 1981, 642 m.nt. ThWvV spreekt de Hoge Raad van 'de overtuiging (...) dat zijn gedraging geen enkel strafbaar feit opleverde'. Het komt mij voor dat de Hoge Raad in het in de vorige voetnoot genoemde arrest geen andere maatstaf heeft willen aanleggen, maar dat de verwijzing naar de strafbaarstelling waarop de tenlastelegging is toegesneden, verband houdt met de inhoud van het cassatiemiddel.

162. HR 26 maart 1974, *NJ* 1974, 238. Vgl. ook HR 9 oktober 1990, *NJ* 1991, 131.

163. HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 167 m.nt. Sch.

164. Vgl. HR 9 maart 2004, *NJ* 2004, 675 m.nt. P.M. & R. de Lange, waarin de Hoge Raad overweegt dat de verdachte 'daadwerkelijk (*en verontschuldigbaar*)' in de overtuiging moet verkeren dat zijn handelen geoorloofd is.

165. De Hullu 2009, p. 358, spreekt van 'adequate inspanningen'.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

overtuiging, gelet op de aard en de inhoud van de beschikbare informatie.

In de jurisprudentie over rechtsdwaling wordt veel gewicht toegekend aan de mogelijkheid tot het inwinnen van advies. De Hoge Raad overweegt in het krulsla-arrest dat 'indien het om professionele marktdeelnemers gaat, mag worden verlangd dat deze zich terdege laten informeren over de beperkingen waaraan hun gedragingen zijn onderworpen.'¹⁶⁶ Maar ook ten aanzien van de 'gewone' burger bestaat de verwachting dat hij navraag doet naar (de betekenis van) de geldende voorschriften.¹⁶⁷ Daarbij geldt dat niet op elk willekeurig advies mag worden afgegaan.¹⁶⁸ Het dient te gaan om een 'advies van een persoon of instantie aan wie of waaraan zodanig gezag valt toe te kennen dat de verdachte in redelijkheid op de deugdelijkheid van het advies mocht vertrouwen'. Of van een zodanig gezag sprake is, hangt weer af van diverse gezichtspunten, waaronder de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de adviseur, de specifieke deskundigheid van de adviseur, de complexiteit van de materie waarover advies wordt ingewonnen, alsmede de manier waarop en de omstandigheden waaronder het advies is ingewonnen en gegeven.¹⁶⁹

Overziet men de jurisprudentie over rechtsdwaling, dan kan worden geconstateerd dat de lat behoorlijk hoog ligt.¹⁷⁰ Van de burger wordt niet alleen verwacht dat hij zich op de hoogte stelt van de geldende regelgeving, maar ook dat hij rekening houdt met het feit dat wettelijke normen nadere uitleg behoeven en ook krijgen in de rechtspraak,¹⁷¹ en dat daaruit een zekere inspanningsverplichting voortvloeit om zich op de hoogte te stellen van de stand van het recht.¹⁷²

Langs vergelijkbare lijnen wordt in de rechtspraak over artikel 7 EVRM de voorzienbaarheid van strafrechtelijke aansprakelijkheid afgebakend. In de Straatsburgse rechtspraak komt onder andere tot uitdrukking, zoals in paragraaf 3.2 reeds is aangestipt, dat 'the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case' niet in strijd komt met artikel 7 EVRM, 'provided that the resultant development

166. HR 31 oktober 2000, *NJ* 2001, 14.

167. HR 23 mei 1978, *NJ* 1979, 26.

168. Vgl. HR 9 oktober 1990, *NJ* 1991, 131.

169. HR 4 april 2007, *NJ* 2007, 144 m.nt. T.M. Schalken.

170. Vgl. Buruma in onderdeel 1 van zijn noot onder HR 24 april 2007, *NJ* 2007, 544: 'En omdat het leerstuk van de rechtsdwaling streng wordt geïnterpreteerd, worden mensen die echt niet wisten dat ze de wet overtraden toch vrij eenvoudig veroordeeld.'

171. Daarbij kan, indien de strafbaarstelling verband houdt met verplichtingen die voortvloeien uit het Europese recht, ook de plicht tot (kaderbesluit- of richtlijn)conforme interpretatie een rol spelen. Indien enigszins mogelijk, moet de rechter de in het nationale recht gebruikelijke interpretatiemethoden zodanig toepassen dat het (met een kaderbesluit of richtlijn) beoogde resultaat wordt bereikt (vgl. in het bijzonder HvJ EG 5 oktober 2004, zaken C-397/01 t/m C-403/01, Pfeiffer e.a., *NJ* 2005, 333 m.nt. MRM).

172. Mulder 1987, p. 412-413, spreekt in dit verband van de 'goede trouw' van de burger. Vgl. voorts De Hullu 2009, p. 219.

M.J. Borgers

is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen'. Het EVRM vervolgt:

'Foreseeability depends to a considerable degree on the content of the law concerned, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed. A law may still satisfy the requirement of "foreseeability" where the person concerned has to take appropriate legal advice to assess, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail (...).'¹⁷³

Ook in deze benadering geldt dat burgers rekening moeten houden met de mogelijkheid dat bepaalde handelingen in strijd met de wet zullen zijn en dat daarom een zekere gehoudenheid tot het inwinnen van advies bestaat.¹⁷⁴ Weliswaar wordt het belang van de kenbaarheid van de norm hiermee niet genegeerd, de voorzienbaarheid van strafrechtelijke aansprakelijkheid zal niet snel in het geding zijn.¹⁷⁵

7.3 Verplaatsing van de bakens?

Op grond van de voorgaande beschouwing kan worden geconstateerd dat niet alleen een daadwerkelijke toetsing van vage normen aan het bepaaldheidsgebod ontbreekt, maar ook dat de mogelijkheden voor een geslaagd beroep op rechtsdwaling beperkt zijn. Men zou kunnen betogen dat dit een problematische situatie oplevert: in objectieve zin noch in subjectieve zin wordt de rechtszekerheid gegarandeerd. Die gevolgtrekking is te verstrekkend, maar een zekere versoepeling van de eisen die worden gesteld aan een geslaagd beroep op rechtsdwaling, lijkt verdedigbaar en aangewezen.¹⁷⁶ Ik licht dit nader toe.

Uit de beknopte beschouwing omtrent het juridisch-hermeneutische karakter van de strafrechtelijke rechtsvinding in paragraaf 3.2 volgt dat absolute rechtszekerheid nimmer kan worden geboden. Hoeveel gewicht

173. Overweging 102 in EHRM 17 september 2009, Scoppola tegen Italië (no. 2), appl.nr. 10249/03, ECHR 2009, 123 m.nt. C. Peristeridou & T. Spronken, AB 2010, 102 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik. Zie voorts onder andere EHRM 22 oktober 1996, Cantoni tegen Frankrijk, appl.nr. 17862/91, overweging 35.

174. Vgl. ook Murphy 2010, p. 199-200.

175. Vgl. Cromheecke & Dhont 2004, p. 669-670, 674-679.

176. Daarnaast zou ook kunnen worden gedacht aan een ruimere toepassing van vormen van rechterlijk overgangsrecht, waaronder met name *prospective overruling*. De toepassing van *prospective overruling* is naar mijn mening echter vooral aangewezen indien er sprake is van een koerswijziging in de rechtspraak, en niet zozeer indien het gaat om de – nadere – concretisering van de betekenis van een wettelijke norm. Een koerswijziging is doorgaans onverwacht en komt (daarom) niet vaak voor, terwijl een (nadere) concretisering juist de normale (en daarmee een gangbare) rechterlijke activiteit betreft. Vgl. ook Schalken in zijn noot onder HR 24 december 2002, NJ 2003, 167. Zie meer uitvoerig Groenhuijsen 2003.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

men ook toekent aan de tekst van de wet, eerst in de toepassing wordt de betekenis van een wettelijke norm geconcretiseerd. Van de rechter mag worden gevergd – zeker indien het gaat om vage wettelijke normen – dat zoveel mogelijk de relevante aanknopingspunten worden benoemd die van belang zijn voor de invulling van de norm. Daardoor wordt meer zicht verschaft op de reikwijdte van de strafbaarstelling (zie paragraaf 4.3). Maar ook voor die werkwijze geldt, op de keper beschouwd, dat de betekenis van de norm zich pas achteraf – na het begaan van het ten laste gelegde delict – uitkristalliseert. In zoverre kan de wettelijke norm – de strafbaarstelling – op zichzelf, dus los van de concrete casus, slechts in beperkte mate bijdragen aan rechtszekerheid (in objectieve zin).¹⁷⁷

Is dit problematisch? Men zou kunnen betogen dat dit niet het geval is, omdat in de praktijk justitiabelen zich niet op de hoogte plegen te stellen van de stand van het recht.¹⁷⁸ Het feit dat voorafgaand aan een gedraging niet volstrekt helder is of die gedraging tot strafbaarheid leidt, levert dan op zichzelf geen onbillijke situatie op. De keerzijde lijkt mij evenwel te moeten zijn dat in die gevallen waarin de burger zich wel inspant om zich een beeld te vormen van zijn rechtspositie, hij een reële mogelijkheid moet hebben om strafrechtelijke aansprakelijkheid te voorkomen.¹⁷⁹

De consequentie van deze zienswijze is uiteraard niet dat de wetgever zich er niet meer over zou hoeven te bekommeren of strafrechtelijke gedragsnormen wel duidelijk worden geformuleerd. Dat blijft onverminderd van belang, omdat degene die de norm raadpleegt, een zo duidelijk mogelijke indicatie moet krijgen van de verboden gedragingen.¹⁸⁰ Waar het hier om gaat, is dat er *evenwichtige* eisen aan de burger worden gesteld, in die gevallen waarin een norm op enigerlei wijze en in enigerlei mate faalt in het geven van die indicatie. Ik spreek van evenwichtige eisen, omdat er concurrerende belangen in het spel zijn. Aan de ene kant zou het ontwrichtend werken indien iedere vorm van onzekerheid over de strekking van de norm in het voordeel zou werken van de burger. Dat burgers ervoor kiezen om niet te handelen indien de voorgenomen handeling vermoedelijk of waarschijnlijk in strijd is met de wet, is niet per definitie onge-

177. Vgl. Claes 2003, p. 135: 'De evidentie van de wetstoepassing volgt niet uit de duidelijke betekenis van de strafwet, maar uit de ontegensprekelijkheid van haar gebruik in een concreet geval.'

178. Vgl. voor dit argument Rozemond 2006, p. 21. Zie ook Rozemond 1999, p. 125: 'Er zijn waarschijnlijk maar weinig mensen die (...) hun gedrag laten bepalen door het Staatsblad en de kamerstukken.' Rozemond legt veeleer de nadruk op de rol van sociale normen. Van burgers mag worden verwacht dat zij rekening houden met de belangen van anderen. Zie Rozemond 2006, p. 22. In de hoofdtekst komt de betekenis van die sociale normen nog kort aan de orde.

179. Zie in dit verband Brouwer 1999, p. 195 en Brouwer 2003, p. 72.

180. Dat is tevens van belang met het oog op de begrenzing van de mogelijkheden van strafvorderlijk overheidsoptreden. Vgl. ook Rozemond 2006, p. 22.

M.J. Borgers

wenst.¹⁸¹ Tegelijkertijd lijkt het onredelijk om zodanige eisen aan de burger te stellen dat het risico van onduidelijkheden in het recht in feite volledig op het bord van de burger wordt gelegd.¹⁸² Dan zou immers de rechtszekerheid als waarde volledig worden uitgehold.¹⁸³

De hier bedoelde evenwichtige eisen laat zich niet invullen aan de hand van enkele eenvoudige (vuist)regels. Diverse gezichtspunten spelen – in onderlinge samenhang – een rol. Allereerst is de tekst van de in het geding zijnde norm van belang. In hoeverre geeft die tekst richting? Dat ‘krulsla’ valt onder de reikwijdte van het begrip ‘sla’, is nauwelijks een verrassing te noemen.¹⁸⁴ Maar wanneer een norm – zonder nadere specificatie – voorschrijft dat bepaalde stoffen moeten worden gewogen, blijkt daar niet uit dat de opsteller van die regeling ook in gedachten heeft gehad dat van specifieke, geijkte weegapparatuur gebruik moet worden gemaakt.¹⁸⁵

Ten tweede kan worden gekeken of, los van de tekst van de norm, zich redenen hebben voorgedaan die met zich brengen dat de betrokkene rekening had moeten houden met de ongeoorloofdheid van zijn gedrag. Daartoe zijn naast de strekking (de ‘essence’) van het delict, ook meer algemene sociale en juridische normen van belang.¹⁸⁶ De tandarts uit het elektriciteitsarrest moet zich ten tijde van het blokkeren van de meter ervan bewust zijn geweest dat hij een onrechtmatige gedraging verrichtte, waarvan het geenszins onaannemelijk was dat deze onder het bereik van de vermogensdelicten zou vallen. Dat op dat moment nog niet expliciet was uitgemaakt dat elektriciteit een goed is in de zin van artikel 310 Sr, doet daaraan niet af.¹⁸⁷ In het ordeningsstrafrecht zal de voorzienbaarheid weer eerder een punt van discussie zijn, omdat in die context sociale en juridische normen – anders dan de neerslag daarvan in de delictsomschrijving – in veel mindere mate een sturende betekenis plegen te hebben.

181. Zie over dit ‘chilling effect’ (en de gewenste en ongewenste effecten daarvan) nader Brouwer 1999, p. 194-195, 205 en Brouwer 2003, p. 70, 74-75.

182. Vgl. ook A-G Remmelink in zijn conclusie voor HR 7 maart 1972, *NJ* 1972, 348 m.nt. CB, waar hij opmerkt dat het risico van onvoldoende doordachte wetsproducten niet in alle gevallen op de justitiabelen mag worden afgewenteld.

183. Vgl. Brouwer 1999, p. 202-203 en Brouwer 2003, p. 67.

184. Vgl. onderdeel 12 van de conclusie van A-G Wortel voor HR 31 oktober 2000, *NJ* 2001, 14.

185. Het voorbeeld ontleen ik aan een uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, waarin wordt overwogen dat de plicht tot het gebruik van geijkte weegapparatuur aldus ‘niet voldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar is’. Zie Voorzieningenrechter CBB 22 januari 2009, *LJN* BH2651 en BH2653 alsmede CBB 9 juli 2009, *LJN* BJ2684 en BJ2688.

186. Remmelink 1996, p. 384 formuleert het aldus: ‘De dwaling moet betrekking hebben op het strafrechtelijk *onrecht*, dus alleen dwaling inzake *de strafbaarheid* van het gedrag bevrijdt niet (...)’.

187. Vgl. Rozemond 2006, p. 155 en Rozemond 2008, p. 18.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

Het derde gezichtspunt houdt verband met de doortastendheid die mag worden verlangd van de betrokkene. Hierbij komt het in mijn ogen vooral aan op de vraag of zich in het concrete geval omstandigheden voordoen op grond waarvan mag worden geveerd dat men zich laat voorlichten over de betekenis van een bepaalde norm, ook indien deze op het eerste gezicht duidelijk is. Evenzeer is van belang in hoeverre de betrokken zich een beeld heeft kunnen vormen van de reikwijdte van de norm, in het bijzonder wanneer die norm niet heel concreet is geformuleerd. Voor wie zich bezighoudt met een milieubelastend productieproces, zal het geen verrassing zijn dat men van doen heeft met complexe regelgeving. Een militair kan beter inschatten wanneer 'het functioneren van de krijgsmacht' in het geding is dan een persoon zonder affiniteit met militaire activiteiten.¹⁸⁸ Wie zich verlaat op strafbaarstellingen die reeds zeer lange tijd bestaan, zou het niet moeten verbazen dat de betekenis van de delictsomschrijving in rechterlijke uitspraken aan de orde is geweest en nadere gestalte heeft gekregen. Maar er zijn ook situaties waarin men maar weinig grip kan krijgen op de stand van het recht, hoeveel moeite men daar ook voor zou doen. Iets dergelijks doet zich bijvoorbeeld ook voor in de sfeer van euthanasie en hulp bij zelfdoding. In die context vindt de rechtsontwikkeling primair plaats doordat de rechter oordeelt over tevoren lastig te duiden grensgevallen.¹⁸⁹

Dit afwegingsschema sluit in grote lijnen aan bij de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot rechtsdwaling. Ook in de zojuist geschetste benadering wordt als vertrekpunt gehanteerd dat de verdachte zich moet hebben ingespannen om de betekenis van de norm te achterhalen. In de verdere uitwerking wordt het accent echter op tweeërlei wijze anders gelegd. Allereerst zou de plicht tot het inwinnen van advies niet moeten worden verabsoluteerd. Indien de geraadpleegde tekst van de wettelijke norm op zichzelf duidelijk geformuleerd is en zich geen omstandigheden hebben voorgedaan op grond waarvan de verdachte had moeten veronderstellen dat die norm wel eens een andere, verderstrekkende reikwijdte zou kunnen hebben, is het niet onredelijk dat geen advies wordt ingewonnen.¹⁹⁰ Een gezichtspunt hierbij zou nog kunnen zijn, met name wanneer het complexe technische regelgeving betreft, of de overheid zich voldoende heeft

188. Vgl. HR 8 maart 1994, *NJ* 1994, 412. Zie nader over de rol van de normadressaat Visser 2001, p. 430-432. Vgl. voorts in meer kritische zin Groenhuijsen & Kristen 2001, p. 334-335.

189. Vgl. Schalken in zijn noot onder HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 167, Rozemond 2006, p. 155-157 en Rozemond 2007b.

190. Over het eerder genoemde voorbeeld van het wegen van bepaalde stoffen merkt annotator Michiels op – zie *AB* 2009, 295 – dat, nu het gebruik van een geijkt weegapparaat niet wordt voorgeschreven, 'van de burger [niet kan] worden gevraagd een uitvoerig regelgevingsonderzoek te doen om na te gaan of de wetgever deze eis wellicht toch op het oog heeft gehad en uit andere regelgeving wellicht kan worden afgeleid dat hetgeen er niet staat geacht moet worden er toch te staan.'

M.J. Borgers

ingespannen om de regelgeving voor de burger te ontsluiten, bijvoorbeeld door voorlichting of het voorzien in een informatiepunt.¹⁹¹

Ten tweede is het de vraag of een beroep op rechtsdwaling reeds zou moeten worden afgewezen op de grond dat de verdachte zich bewust is of moet zijn geweest van de (enkele) mogelijkheid dat zijn handelen rechtens ongeoorloofd was. Strikt genomen bestaat die mogelijkheid altijd, in die zin dat het nimmer is uitgesloten dat de rechter de strafrechtelijke aansprakelijkheid desnoods *contra legem* construeert. De maatstaf zou veeleer moeten zijn of de verdachte, in de concrete omstandigheden van het geval, is uitgegaan van een redelijke interpretatie van de wet.¹⁹² Hierbij moet nog worden bedacht dat het bij rechtsdwaling gaat om de afwezigheid van de verwijtbaarheid. Dat de verdachte – achteraf gezien – in strijd met de wettelijke norm heeft gehandeld, sluit het ontbreken van die verwijtbaarheid niet uit.¹⁹³

Tegen deze achtergrond verdient het aanbeveling dat de rechter, indien een beroep op rechtsdwaling wordt gepasseerd, zo concreet mogelijk duidt op welke gronden de verdachte *vooraf* rekening had moeten houden met strafbaarheid. Daarmee wordt niet alleen aan de verdachte een verklaring geboden waarom de voorzienbaarheid in zijn zaak niet in het geding is geweest. Langs deze weg kristalliseert zich ook meer in het algemeen uit wat er van de burger wordt verwacht in de omgang met de wet, dus welke gezichtspunten daarvoor van belang worden geacht en op welke wijze de burger wordt geacht die gezichtspunten op het spoor te komen.

8 Synthese: de interactie tussen wetgever en rechter

8.1 Enkele rode draden

Aan het slot van paragraaf 3 is de vraag opgeworpen hoe de rechter zich in de omgang met problematische wettelijke normen positioneert ten opzich-

191. Enigszins ter zijde wijs ik erop dat in het kader van het instellen van rechtsmiddelen een zekere coulance wordt getracht ten aanzien van de niet van rechtsbijstand voorziene verdachte die geen wijs kan worden uit de tamelijk complexe wettelijke regeling. Hierbij speelt een rol in hoeverre deze verdachte door overheidsfunctionarissen wordt geïnformeerd over relevante formaliteiten. Zie bijvoorbeeld HR 22 december 2009, *NJ* 2010, 102 m.nt. M.J. Borgers en HR 12 oktober 2010, *LJN* BL7694.

192. Vgl. ook Rozemond 2006, p. 156-157 en De Hullu 2009, p. 218, 358. De Hullu ontleent aan de leer van het kleurloos opzet een argument voor 'een zekere soepelheid in de omgang met een beroep op rechtsdwaling indien de verdachte inderdaad adequate inspanningen heeft verricht om zich op de hoogte te stellen van het geldende recht'. Bedacht dient ook te worden dat de 'gemiddelde' burger niet even makkelijk grip krijgt op het recht als de doorgewinterde jurist. 'Kenbaarheid voor de rechter wil (...) nog niet zeggen kenbaarheid voor de burger', aldus Groenhuijsen & Kristen 2001, p. 346.

193. Mogelijk kan (onder omstandigheden) inspiratie worden gevonden in de fiscaalrechtelijke benadering van het pleitbare standpunt. Ik ga hier niet nader op in. Zie voor een aanzet tot discussie Doorenbos 2010, p. 281.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

te van de wetgever. Bij de beantwoording van deze vraag geldt als vertrekpunt dat de concrete vormgeving van de strafrechtelijke aansprakelijkheid zoals deze voortvloeit uit een delictsomschrijving, voor een belangrijk deel in handen van de rechter ligt, en dat de rol van de wetgever bescheidener is dan men wellicht – op grond van het eerder geschetste basismodel – zou verwachten. Hoe bakent de rechter, gegeven dit vertrekpunt, zijn taak en positie af ten opzichte van de taak en de positie van de wetgever? Over het geheel genomen springen drie zaken in het oog.

Allereerst kan worden geconstateerd dat de Hoge Raad weinig nadruk legt op de problematische kenmerken van bepaalde typen strafbaarstellingen. Zo heeft de toetsing aan het bepaaldheidsgebod weinig om het lijf, met als consequentie dat vaag geformuleerde strafbaarstellingen vrijwel zonder uitzondering de toets der kritiek doorstaan. De rechter laat aldus een behoorlijke marge aan de wetgever om te werken met vage en open normen of anderszins ruim geformuleerde strafbaarstellingen. Het bepaaldheidsgebod wordt geenszins opgevat als een rigide norm op grond waarvan de wetgever wordt ‘afgerekend’ op het niet hebben voorzien in een duidelijke formulering van de bestreden norm.

Ten tweede kan worden vastgesteld dat de werkwijze van de Hoge Raad van een zekere terughoudendheid blijkt geeft waar het gaat om de nadere vormgeving van delictsomschrijvingen. Daarmee zeg ik niet dat van een dergelijke vormgeving in de praktijk van de rechtspraak geen sprake zou zijn. Integendeel, de berechting van concrete gevallen heeft hoe dan ook tot gevolg dat, stapje voor stapje, de reikwijdte van wettelijke normen uitkristalliseert. De terughoudendheid waar ik hier op doel, komt op verschillende wijzen naar voren. Zo heeft de Hoge Raad de neiging om de gecompliceerdheid van het rechtsvindingsproces buiten beeld te houden. In relatie tot de vage randen van strafbaarstellingen is geconstateerd dat de uitkomst van het interpretatieproces doorgaans vrij stellig wordt gepresenteerd, waardoor de complicaties die aan de voorliggende rechtsvraag zijn verbonden, in zekere mate worden verhuld.¹⁹⁴ Ook operationaliseert de Hoge Raad in betrekkelijk geringe mate casuïstische redeneringen.

Van terughoudendheid is voorts sprake waar het gaat om het ‘sleutelen’ aan strafbaarstellingen. Naar aanleiding van klachten met de strekking dat het bepaaldheidsgebod is geschonden, volstaat de Hoge Raad met een abstracte beoordeling van de geoorloofdheid van de vage formulering van de strafrechtelijke norm. De Hoge Raad concretiseert daarbij niet of, en zo ja: op welke wijze, de ter discussie gestelde strafbaarstelling zich laat operationaliseren. Verder is gebleken dat de Hoge Raad er niet zonder meer voor kiest om, daar waar dat wel bepleitbaar zou zijn, beperkingen aan te bren-

194. Al past daarbij de relativerende kanttekening dat juist hier de conclusie van de A-G het beeld kan completeren.

M.J. Borgers

gen in de reikwijdte van al te ruim geformuleerde strafbaarstellingen (al zijn er zeker ook voorbeelden van zaken waarin dergelijke uitzonderingen wel expliciet zijn aanvaard).

Ten derde kan worden geconstateerd dat de rechtszekerheid als aan het legaliteitsbeginsel ten grondslag liggende waarde in het gedrang lijkt te komen. Dat heeft enerzijds van doen met de wijze waarop de Hoge Raad omgaat met het bepaaldheidsgebod en anderzijds met het feit dat, gelet op de huidige stand van de rechtspraak, de mogelijkheden voor een geslaagd beroep op rechtsdwaling tamelijk beperkt zijn.

Enigszins schematisch weergegeven, zou men samenvattend kunnen stellen dat vaag, ruim of open geformuleerde normen door de rechter als een gegeven worden beschouwd, dat de rechter het als zijn taak beschouwt om die normen verder in te vullen, dat niet het automatisme bestaat om voor een beperkte of terughoudende invulling te kiezen en dat bij de invulling en de toepassing van de normen de rechtszekerheid van de burger een betrekkelijk geringe rol speelt.

Hoe nu verder? Wellicht zou men thans een vurig pleidooi verwachten voor een revitalisering van het legaliteitsbeginsel, daarbij het belang van het bepaaldheidsgebod en het principe van restrictieve interpretatie krachtig onderstrepend. Een dergelijk pleidooi zou echter al snel kunnen vervallen in een sjabloonverhaal waarin de mogelijkheden worden overschat die de wetgever tot zijn beschikking heeft, gegeven het feit dat normen worden opgesteld vanuit een vrij algemeen en statisch beeld en zonder de verfijning van de casuïstiek.¹⁹⁵ Een dergelijk pleidooi zou in zekere zin ook een miskenning zijn van het 'open systeem' van het (straf)recht en het juridisch-hermeneutische karakter van het rechtsvindingsproces, zoals zich dat ook in de context van het materiële strafrecht voltrekt. Er doen zich ook geen dwingende redenen voor op grond waarvan een zeer kritische houding zou moeten worden ingenomen tegenover rechterlijke rechtsvinding, rechtsvorming of rechtsontwikkeling in het strafrecht, ook niet indien dat leidt tot extensieve interpretaties.

Dit betekent evenwel geenszins dat de aan het legaliteitsbeginsel ten grondslag liggende waarden – rechtszekerheid, voorzienbaarheid en rechtsbescherming – geen enkele betekenis meer zouden hebben of zouden moeten hebben. In paragrafen 4-7 zijn reeds verschillende suggesties aan bod gekomen, die erop zijn gericht die waarden op enigerlei wijze te realiseren en te revitaliseren. Thans wil ik, ter afronding van mijn betoog, nog een algemene schets geven van de wijze waarop de rechter en de wetgever hun taak en positie vorm kunnen geven aan de hand van het legaliteitsbeginsel. Daarin komen die eerder genoemde suggesties samen.

195. Vgl. ook paragraaf 5 van het preadvies van collega Voermans.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

8.2 *Van basismodel naar samenwerkingsmodel*

Het in paragraaf 1 geschetste basismodel, waarin de rechter en de wetgever duidelijk van elkaar te onderscheiden taken en posities hebben, is in de daarop volgende paragrafen in aanmerkelijke mate gerelativeerd. Men zou daarom ook een andere benadering kunnen kiezen, door niet de vraag te stellen wat de wetgever en de rechter van elkaar onderscheidt, maar wat zij gemeenschappelijk hebben. Het – betrekkelijk eenvoudige – antwoord op deze vraag wordt gegeven door Röling: ‘Taak van wetgever en rechter beiden is: de bepaling van wat recht is. De wetgever doet dat meer in abstracto, de rechter in concreto.’¹⁹⁶ Anders gezegd: wetgever en rechter werken allebei aan hetzelfde bouwproject, maar ieder op eigen wijze.¹⁹⁷ Van een strakke afbakening van activiteiten is geen sprake. Veeleer gaat het erom op welke wijze de wetgever, respectievelijk de rechter op zinvolle wijze kan bijdragen aan de bepaling van wat recht is,¹⁹⁸ met respect voor en behoud van de aan het legaliteitsbeginsel liggende waarden.

Traditioneel wordt uit het legaliteitsbeginsel afgeleid dat de rechter de wet in principe restrictief uitlegt. Vanwege het juridisch-hermeneutische karakter van het rechtsvindingsproces moet dit uitgangspunt worden gerelativeerd. De woorden van de wet hebben immers geen eenduidige betekenis. Dat brengt reeds met zich dat moeilijk gesproken kan worden van een ‘dwingende’ keuze voor een restrictieve uitleg. Veeleer gaat het erom dat de rechter die wordt geconfronteerd met een moeilijke rechtsvraag, zich de vraag moet stellen of de voorliggende rechtsvraag zich ervoor leent om door de rechter te worden beantwoord, dan wel dat de kwestie beter kan worden doorgeschoven naar de wetgever. Ik licht dit toe aan de hand van twee uitspraken in de sfeer van het ordeningsstrafrecht.

De eerste uitspraak betreft een zaak waarin de vraag aan de orde is wat – in relatie tot het Vuurwerkbesluit zoals dat toentertijd gold – moet worden verstaan onder vuurwerk dat is bestemd voor de particuliere gebruiker.¹⁹⁹ De Hoge Raad constateert in deze zaak dat de wetgever het Vuurwerkbesluit en het Reglement gevaarlijke stoffen niet goed op elkaar heeft afgestemd. Daarbij lijkt een normeringsgat te zijn ontstaan, waardoor de regelgeving geen betrekking heeft op de situatie waarin een particulier de

196. Röling 1937, p. 29. Deze gezamenlijke taak wordt ook door andere auteurs naar voren gebracht. Zie, met nadere verwijzingen, Rijpkema 2001, p. 118.

197. Zie in dezelfde beeldspraak ook Keijzer in onderdeel 2 van zijn noot onder HR 30 oktober 2007, *NJ* 2008, 146: ‘Wetgeving en rechtspraak zijn wel te onderscheiden maar niet te scheiden. Wetgever en rechter bouwen samen aan hetzelfde huis, evenals de metselaar en de stucadoor.’ Vgl. voorts Mevis 2000, p. 23-26.

198. Vgl. ook De Waard 1994, p. 1-2: ‘Rechter en wetgever hebben toch in ieder geval één centraal belang gemeenschappelijk: het belang van zo goed mogelijke rechtsnormen? Zouden zij dan niet moeten samenwerken?’.

199. HR 6 februari 2001, *NJ* 2001, 498 m.nt. P.A.M. Mevis.

M.J. Borgers

beschikking krijgt over zogeheten groot vuurwerk. Tegelijkertijd is het duidelijk – gelet op de toelichting op het Vuurwerkbesluit – dat de wetgever niet heeft gewild dat een dergelijk gat zou ontstaan. De Hoge Raad vult daarom het gat door het relevante criterium uit het Vuurwerkbesluit terzijde te schuiven en daar een ander criterium voor in de plaats te stellen dat beter aansluit bij de strekking van het Vuurwerkbesluit en het Reglement gevaarlijke stoffen. De Hoge Raad doet dit welbewust: ‘Hoewel de tekst van het Vuurwerkbesluit en voorheen het Reglement gevaarlijke stoffen een andere bedoeling van de wetgever tot uitdrukking brengen, te weten de wederzijdse uitsluiting van toepasselijkheid van die regelingen moet de Hoge Raad daaraan voorbij gaan.’

De tweede uitspraak heeft betrekking op het ‘postmixen’ – het op bestelling door het barpersoneel mixen – van sterke drank en frisdrank. De vraag die aan de orde is, is of dit ‘postmixen’ valt onder het verbod van het (bedrijfsmatig) verstrekken van sterke drank aan jongeren onder 18 jaar.²⁰⁰ Van sterke drank is volgens de wet sprake wanneer de drank (bij een temperatuur van 20 graden Celsius) een alcoholpercentage van 15% of meer heeft, met uitzondering van wijn. De Hoge Raad oordeelt dat mixen van sterke drank met frisdrank onder de definitie van sterke drank valt, ook indien niet vaststaat dat het gepostmixte drankje een alcoholpercentage van 15% of meer alcohol bevat. Ter onderbouwing van dit oordeel wordt een beroep gedaan op het doel en de strekking van de strafbaarstelling: het tegengaan van alcoholmisbruik door jongeren. De Hoge Raad overweegt: ‘Aan de doelstelling en het daaruit voortvloeiende verbod (...) om sterke drank te verstrekken aan jongeren onder 18 jaar, zou tekort worden gedaan, indien dat verbod niet zou omvatten de verstrekking van sterke drank in een door de verstrekker vervaardigd mengsel van sterke drank en (een) andere drank(en) (...).’ A-G Machielse zet in zijn conclusie voor dit arrest evenwel uiteen dat de wetsgeschiedenis in een andere richting wijst: ‘Nergens in de wetsgeschiedenis is een aanknopingspunt te vinden voor de gedachte dat de kwalitatieve samenstelling en niet de kwantitatieve voor de indeling van een mixdrank beslissend is.’²⁰¹

Over beide uitspraken valt veel te zeggen.²⁰² Het gaat mij evenwel om het volgende. Gemeenschappelijk aan beide uitspraken is dat de Hoge Raad zich bereid toont om een ruime of extensieve uitleg te geven aan wet-

200. HR 6 februari 2007, *NJ* 2007, 110.

201. Daarbij worden ‘alcopops’ – alcoholhoudende fruitdranken – in de parlementaire stukken als zwak-alcoholhoudende dranken beschouwd. Zie de weergave van de wetsgeschiedenis in de conclusie van A-G Machielse.

202. Zie over de vuurwerkzaak de noot van Mevis in *NJ* 2001, 498 (die de beslissing van de Hoge Raad bekritiseert aan de hand van het legaliteitsbeginsel) en De Wilde 2001 (die betoogt dat de werkwijze van de Hoge Raad juist kan worden gerechtvaardigd in het licht van – een ruime opvatting van – het legaliteitsbeginsel). De postmixzaak wordt kritisch besproken door Doorenbos 2010, p. 278-279.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

telijke voorschriften wanneer het doel en de strekking van die voorschriften daartoe aanleiding geven. Er is echter ook een verschil. In de vuurwerkzaak is het tamelijk evident dat de wetgever geen normeringsgat heeft willen laten vallen met betrekking tot groot vuurwerk dat is bestemd voor een particulier.²⁰³ Extensieve uitleg is alsdan niet problematisch, mits – voor het geval dat de verdachte juist door de gebrekkige tekst van de betrokken regelingen in verwarring is gebracht – een beroep op rechtsdwaling niet bij voorbaat kansloos is. In de postmixzaak is het, naar het mij voorkomt, veel minder evident dat de wetgever het ook strafbaar heeft willen laten zijn dat postmixdranken worden verkocht (aan jongeren onder achttien jaar) waarvan niet vaststaat wat het alcoholpercentage is en waarvan dat percentage dus ook lager zou kunnen zijn dan 15%.²⁰⁴ De consequentie van de beslissing van de Hoge Raad is nu dat er ook sprake is van strafbaarheid indien een verkochte postmixconsumptie in werkelijkheid niet teveel alcohol bevat en dus feitelijk zwakalcoholisch is.

Het is naar mijn mening niet het feit dat de rechter kiest voor extensieve uitleg dat als problematisch moet worden beschouwd. Wat wel voor discussie vatbaar is, is of de Hoge Raad in de postmixzaak voor extensieve uitleg had moeten kiezen, omdat er een aanmerkelijke mate van onzekerheid bestaat of de ter discussie staande gedraging als een strafbare gedraging moet worden beschouwd. Om die reden had de Hoge Raad in mijn ogen beter kunnen kiezen voor een restrictieve – dat wil hier zeggen: niet tot strafbaarheid leidende – interpretatie, waarbij in de motivering dan tot uitdrukking had kunnen worden gebracht dat het gaat om een rechtsvraag die zich beter leent voor nadere beantwoording door de wetgever.²⁰⁵

Op dit punt kan ook worden teruggegrepen naar de observatie in paragraaf 6.2 dat de rechtspraak van de Hoge Raad wordt gekenmerkt door een zekere terughoudendheid wanneer het gaat om de keuze voor een zodanige interpretatie van ruim gestelde delictsomschrijvingen dat de reikwijdte van die strafbaarstellingen meer tot de kern worden beperkt. Kenmerkend voor de aldaar besproken voorbeelden is dat zich een samenloop voordoet van *i.* het ontbreken van een heldere grondslag voor strafbaarheid (van de

203. Een dergelijke evidentie is er ook – of beter gezegd: helemaal – indien het gaat om redactionele misslagen in de redactie van een strafbaarstelling. Vgl. bijvoorbeeld HR 2 maart 2010, *NJ* 2010, 147. Zie voor meer voorbeelden van en nadere beschouwingen over dergelijke misslagen Keijzer in zijn noot onder HR 30 oktober 2007, *NJ* 2008, 146.

204. Een ander voorbeeld betreft HR 16 juni 2007, *NJ* 2007, 347 over artikel 12 lid 1 Natuurbeschermingswet (oud). Zie daarover Borgers 2008a.

205. Ter vergelijking wijs ik op een arrest van de fiscale kamer van de Hoge Raad waarin ter zake van artikel 25a Wet op de inkomstenbelasting 1964 een restrictieve interpretatie wordt gekozen vanwege een hopeloos verdeelde wetsgeschiedenis en de ingrijpende en mogelijk onvoorziene gevolgen van een ruime interpretatie. Zie HR 24 januari 1996, *BNB* 1996, 138 m.nt. I.J.F.A. van Vijfeijken.

M.J. Borgers

tenlastegelegde gedraging) in de tekst van de wet, de wetsgeschiedenis of de wetssystematiek, *ii.* de afwezigheid van (verhoudingsgewijs) sterke argumenten ten faveure van een ruime uitleg, en *iii.* de aanwijsbaarheid van tamelijk verstrekkende en/of niet voorshands volstrekt redelijke consequenties van een ruime uitleg. In een dergelijke situatie valt er veel voor te zeggen dat de rechter niet voor een ruime, maar voor een restrictieve interpretatie kiest en de kwestie voor het overige naar de wetgever doorschuift.

Volledigheidshalve moet worden aangetekend dat de vraag op wiens bord een lastige juridische kwestie het beste kan worden gelegd, zelf soms ook weer lastig te beantwoorden is.²⁰⁶ In de vuurwerkzaak en de postmix-zaak beschikt men nog over tamelijk heldere en actuele toelichtingen op de regelgeving. In bijvoorbeeld de RuneScape-zaak ligt dat heel anders, omdat de wetsgeschiedenis van artikel 310 Sr uit het einde van de negentiende eeuw stamt. Alsdan zijn andere aanknopingspunten nodig om uit te maken of de ter discussie staande gedraging – het wegnemen van virtuele voorwerpen – als een strafbare gedraging moet worden aangemerkt, zoals de waarde van virtuele voorwerpen en de graduele ontwikkeling van de interpretatie van de bestanddelen van artikel 310 Sr in verband met maatschappelijke en technologische ontwikkelingen.²⁰⁷

Waar het evenwel om draait, is dat bij de interpretatie van delictomschrijvingen mede acht wordt geslagen op de positie en de taak van de wetgever, respectievelijk de rechter. Men zou dat ook zo kunnen formuleren dat het legaliteitsbeginsel met zich brengt dat de *trias politica* één van de leidende principes is bij de uitleg van de wet. Daarbij wordt de *trias politica* niet zozeer opgevat als het principe van de scheiding der machten, maar veeleer geduid als het beginsel van *evenwicht en samenwerking der machten*.²⁰⁸

Uiteraard veronderstelt de hier bedoelde samenwerking dat niet alleen de rechter zich bekommert over de afstemming van de werkzaamheden van wetgever en rechter. Evenzeer mag worden verwacht dat de wetgever zich responsief opstelt.²⁰⁹ Indien de rechter een bepaalde kwestie uitdrukkelijk op het bord van de wetgever legt, zou de wetgever daar op enigerlei moment ook gevolg aan moeten geven. Toont de wetgever zich niet responsief, dan bestaat de kans dat de rechter zich geprikkeld zal voelen om

206. Sterker nog, deze vraag raakt aan complexe discussies in relatie tot institutionele theorieën over de vraag wie het beste in staat is (moeilijke) rechtsvragen te beantwoorden: de wetgever of de rechter. Ik volsta hier met een verwijzing naar Vermeule 2006 en, voor een beknopt overzicht, Farrelly 2008.

207. Hof Leeuwarden 10 november 2009, *NJ* 2010, 616 m.nt. M.J. Borgers.

208. Zie hieromtrent Claes 2003, p. 395, 461.

209. Hetgeen vanzelfsprekend impliceert dat de wetgever de jurisprudentie bijhoudt en deze actief betreft bij zijn werkzaamheden. Vgl. ook Davids 2006, p. 2238-2339.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

bepaalde zaken toch aan zich te houden en zelf de keuzes te maken die de wetgever beter zou kunnen maken.²¹⁰

8.3 *Van basismodel naar communicatiemodel*

In paragrafen 4-7 zijn diverse suggesties gedaan met betrekking tot de wijze waarop de rechter omgaat met vage, open en (te) ruime normen. Daarin wordt op verschillende wijzen gerefereerd aan de communicatie tussen rechter en wetgever: indien de conclusie wordt getrokken dat aan een norm redelijkerwijs geen toepassing kan worden gegeven, wordt daarmee tevens het signaal aan de wetgever afgegeven dat een andere, beter toepasbare delictsomschrijving nodig is (paragraaf 4.3); het afgeven van het signaal dat de reikwijdte van een strafbaarstelling complexe vragen oproept, het nader expliciteren van een casuïstisch oordeel en het verschaffen van gezichtspunten voor de toepassing van normen, stelt de wetgever in staat zich een oordeel te vormen of aanscherping, inperking of uitbreiding van een strafbaarstelling wenselijk is (paragraaf 5.2.1 en 5.2.2). Iets dergelijks geldt eveneens in relatie tot (te) ruime strafbaarstellingen (paragraaf 6). Ook in die context zou de rechter misschien vaker expliciet kunnen ingaan op de vraag of de strafbaarstelling van een beperking zou moeten worden voorzien, teneinde daarmee bij de wetgever onder de aandacht te brengen welke moeilijke interpretatievragen rijzen. Dat is weer van belang voor een eventuele heroverweging door de wetgever.²¹¹ Aanvaarding van een beroep op rechtsdwaling zou onder omstandigheden eveneens aanleiding kunnen zijn om de desbetreffende strafbaarstelling kritisch te beschouwen.

Het is juist vanuit de waarden die ten grondslag liggen aan het legaliteitsbeginsel, goed te verdedigen dat van de rechter wordt verwacht dat hij verantwoordt hoe hij tot zijn oordeel komt en ook dat die verantwoording zodanig wordt ingekleed dat de communicatie met de wetgever wordt bevorderd. Die verantwoording draagt eraan bij dat – na verloop van tijd – inzichtelijk wordt wat de reikwijdte is van een strafbaarstelling. Daarmee zijn de rechtszekerheid en de voorzienbaarheid gebaat. Ook vanuit een

210. Vgl. in dit verband een arrest van de fiscale kamer van de Hoge Raad waarin duidelijk wordt gemaakt dat de rechter zelf een voorziening voor een bepaald probleem zal treffen indien de wetgever niet 'met de nodige spoed' aan de slag gaat. Zie HR 12 mei 1999, *BNB* 1999, 271 m.nt. P.J. Wattel en daarover Giesen & Schelhaas 2006, p. 167-168. Een soortelijk voorbeeld op het terrein van het strafprocesrecht betreft HR 30 juni 1998, *NJ* 1998, 799 m.nt. Sch. Hetgeen in de hoofdtekst wordt gesteld, geldt overigens ook andersom: indien de rechter bepaalde kwesties niet op het bord van de wetgever legt, zal de wetgever ook niet snel in actie komen. Vgl. in dit verband De Jong in zijn annotatie onder HR 19 april 2005, *NJ* 2007, 386.

211. Vgl. Van Kreveld 2006, p. 188 (in het bijzonder de bespreking van 'een tweede type knelpunt').

M.J. Borgers

oogpunt van rechtsbescherming kan het van belang zijn dat de rechter de wetgever erop attendeert dat delictomschrijvingen op enigerlei wijze complexe vragen oproepen, en eveneens dat de rechter – indien daartoe goede redenen bestaan – beperkingen aanbrengt in de reikwijdte van al te ruim geformuleerde strafbaarstellingen.

Wat de hier voorgestane communicatie dan ook vooral beoogt te bewerkstelligen, is dat een interactief proces tussen wetgever en rechter plaatsvindt. Aanhakend bij een uitspraak van Davids – ‘De wetgever gaat over de productie van dit stuk gereedschap [de wet met toelichting; MJB], de rechter over de doeltreffendheid van het gebruik’²¹² – kan worden gezegd dat het vooral aankomt op het doorgeven van de ervaringen van de rechter met het gereedschap.²¹³ Aan de hand van deze gebruikersinformatie wordt de wetgever in de gelegenheid en in staat gesteld om wijzigingen in het productieproces en/of het product aan te brengen. De wetgever en de rechter zijn beide gebaat bij deze communicatie.²¹⁴ Eerder is geconstateerd dat de wetgever redeneert vanuit een vrij algemeen en statisch beeld en de verfijning van de casuïstiek mist. Juist daarom is de gebruikerservaring van de rechter nuttig voor de wetgever. Andersom heeft de rechter er baat bij dat de wet normen aanreikt die zo goed mogelijk omlijnen welke gedragingen tot strafrechtelijke aansprakelijkheid leiden. Eerst dan kan hij optimaal recht doen aan de aan het legaliteitsbeginsel ten grondslag liggende waarden. De rechter kan daaraan bijdragen door zijn ervaringen terug te koppelen aan de wetgever.

Ter nadere toelichting op de hier voorgestane communicatie vanuit de rechter in de richting van de wetgever maak ik – alvorens over te stappen naar de mogelijke bedenkingen daartegen – nog drie opmerkingen. Allereerst betreft dat het geëigende communicatiemiddel. De uitspraak is uiteraard bij uitstek het communicatiemiddel waarover de rechter beschikt.²¹⁵ De in paragraaf 4-7 gedane suggesties zijn daarop ook toegesneden. Het is echter niet ondenkbaar om soms ook een ander middel te hanteren voor communicatie tussen rechter en wetgever, in het bijzonder het

212. Davids 2006, p. 2241.

213. Vgl. Polak 1976, p. 11: ‘Het zijn de rechters die vrijwel dagelijks gesteld worden voor geschillen over de betekenis van wetsbepalingen. Zij ervaren meer dan eens dat onvolkomenheden in een wet of veroudering van wetsbepalingen hen verhinderen een rechtvaardige beslissing te nemen. Niemand heeft meer recht en daarom m.i. ook de plicht de wetgever de helpende hand te bieden.’

214. Men zou daarom ook kunnen spreken van wisselwerking of dialoog. Zie nader Gerards 2008, p. 162. Vgl. voor vergelijkbare benaderingen van de verhouding tussen wetgever en rechter onder andere Rijpkema 2001, p. 19, 219 en Vranken 2011.

215. Over de inkleding van de uitspraak valt natuurlijk nog het nodige te zeggen, maar dat gaat de omvang van dit preadvies te buiten. Ik wijs in het bijzonder op de mogelijkheden die zogeheten voorafgaande beschouwingen bieden, onder andere in de situatie dat de Hoge Raad een boodschap wil afgeven die over de grenzen van het voorliggende geval heen reikt. Zie nader Rozemond 2000.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

(twee)jaar(lijks)verslag van de Hoge Raad.²¹⁶ Daarin zou, naar aanleiding van concrete zaken waarin problematische normen aan de orde zijn geweest, kunnen worden gewezen op voor de wetgever relevante aandachtspunten.²¹⁷ Over de mogelijkheden en de beperkingen van de inzet van dit communicatiemiddel valt het nodige te zeggen.²¹⁸ Op deze plaats laat ik het bij de opmerking dat een voordeel van communicatie door middel van het jaarverslag erin kan zijn gelegen dat uitspraken in concrete zaken niet onnodig zwaar hoeven te worden opgetuigd. Daarbij heb ik vooral het oog op zaken die wel aanleiding geven tot het afgeven van een signaal aan de wetgever, maar waarin de daaraan ten grondslag liggende overwegingen niet doorslaggevend zijn voor de concrete beslissing in de zaak zelf. Het afgeven van het signaal kan dan worden losgemaakt van de uitspraak in de desbetreffende zaak.

Ten tweede wijs ik erop dat effectieve communicatie een goede dosering vergt. Waar het om gaat, is dat de rechter de oordelen die hij (toch al) velt over de wijze waarop een delictsommschrijving wordt geoperationaliseerd, duidelijk motiveert. Daar waar dat zinvol is, verdient het aanbeveling dat de rechter die motivering zodanig inkleedt dat het voor de wetgever voldoende helder wordt waar zich (potentiële) knelpunten voordoen. In het gros van de zaken waarin de rechter oordeelt, zal geen aanleiding bestaan voor het afgeven van een dergelijk signaal. Ook hoeft de rechter zich niet altijd expliciet tot de wetgever te richten. Zo wordt met het nader expliciteren van een casuïstisch oordeel en het verschaffen van gezichtspunten voor de toepassing van normen, reeds nuttige informatie verschaft ten behoeve van (onder andere) de wetgever, zonder dat de rechter daar nog overwegingen aan hoeft toe te voegen. Ik bepleit evenmin dat de rechter vragen omtrent de toepasbaarheid van strafbaarstellingen tot in het oneindige problematiseert en ook niet dat de rechter wetenschappelijke verhandelingen daaromtrent gaat schrijven.²¹⁹ Het gaat om het delen van gebruikerservaringen. Niet meer, maar ook niet minder.

Ten derde is van belang dat de hier bepleite communicatie niet iets nieuws is. Integendeel, het is niet moeilijk om uitspraken te noemen die laten zien dat dergelijke communicatie allang plaatsvindt. Zo heeft de

216. Zie, meer in het algemeen, over deze mogelijkheid onder andere Polak 1976, p. 12, Polak 1987, p. 28, Rijpkema 2001, p. 183, Vranken 2005, p. 86, Van Kreveld 2006, p. 190 en Adams 2009, p. 1440-1441.

217. Thans worden in deze verslagen vooral overzichten verstrekt van belangrijke uitspraken die de Hoge Raad heeft gedaan, echter zonder expliciete duiding van voor de wetgever relevante aandachtspunten.

218. Interessant in dit verband is de discussie naar aanleiding van een terugkoppelingssystematiek van de Raad van State. Zie daarover, ook voor nadere verwijzingen, Van Kreveld 2006 en Gerards 2008, p. 186-187.

219. Zie het prikkelende betoog over de 'motivering van het genoeg' van Van Klink 2010, p. 63-71.

M.J. Borgers

Hoge Raad op 22 december 2009 een arrest gewezen waarin met betrekking tot de wettelijke regeling van het instellen van rechtsmiddelen op niet mis te verstane wijze aandacht wordt gevraagd voor enkele knelpunten in die regeling.²²⁰ Wat evenwel opvalt, is dat juist op het terrein van het materiële strafrecht een zekere terughoudendheid lijkt te bestaan.²²¹ In die zin zijn de in paragraaf 4-7 gedane suggesties er mede op gericht dat de communicatie tussen rechter en wetgever verder wordt versterkt.

8.4 Tegenwerpingen

8.4.1 Komt de rechter op de verkeerde stoel te zitten?

De vraag kan worden gesteld of, en zo ja: in hoeverre, de hier bepleitte communicatie tot gevolg heeft dat de rechter zich teveel gaat bemoeien met het werk van de wetgever en daardoor feitelijk op de stoel van de wetgever gaat zitten. Aarzelingen omtrent de communicatie tussen wetgever en rechter zouden in verband kunnen worden gebracht met een bepaald beeld van de rechterlijke attitude. Dit beeld, dat naar mijn inschatting wel op enig draagvlak kan rekenen, is verwoord door Van Amersfoort. In de kern komt het erop neer dat de rechter, niettegenstaande de eventuele haken en ogen die aan een wettelijke bepaling zijn verbonden, met behulp van de hem ter beschikking staande interpretatiemethoden heeft te komen tot 'een zinvolle uitlegging en toepassing' van die bepaling. Van Amersfoort vervolgt:

'Als het rechtsvindingsproces tot een goed einde is gebracht, is daarmee de gebrekkige wetsbepaling opgelapt, zodat niets meer naar de wetgever teruggekoppeld hoeft te wor-

220. HR 22 december 2009, *NJ* 2010, 102 m.nt. M.J. Borgers. Zie daarnaast bijvoorbeeld HR 8 mei 2001, *NJ* 2001, 508.

221. Naast de reeds besproken arresten over het aanvaarden van een kwalificatieuitsluitingsgrond met betrekking tot de strafbaarstelling van witwassen, kan als voorbeeld van een zaak waarin wel duidelijk een signaal aan de wetgever wordt afgegeven, worden genoemd HR 23 februari 2010, *NJ* 2010, 263 m.nt. P.A.M. Mevis (in het bijzonder overweging 4.2 *in fine*). Op het terrein van het sanctierecht is een voorbeeld HR 20 april 2010, *NJ* 2010, 429 ('Een nadere wettelijke regeling zou de duidelijkheid overigens ten goede komen.'). De signalen die de Hoge Raad afgeeft, zijn soms wel erg subtiel. Vgl. HR 9 maart 2010, *NJ* 2010, 530 m.nt. J.M. Reijntjes, waarin ten aanzien van de centraal staande rechtsvraag – in hoeverre kan in het kader van mensensmokkel de doorreis wederrechtelijk zijn indien de betrokkene rechtmatig in Nederland verblijft? – slechts wordt opgemerkt dat deze vraag in de wetgeschiedenis niet aan de orde komt. In zijn noot zet Reijntjes uiteen waarom de wetgever bij het opstellen van de strafbaarstelling van artikel 197a Sr 'geen gelukkige hand' had. Tot slot wijs ik op het in paragraaf 6.2 besproken arrest HR 26 oktober 2010, *NJ* 2010, 655, waarin een 'uitnodiging tot discussie' – aldus Keijzer in zijn noot onder het arrest – kan worden gelezen, gelet op het feit dat de in dit arrest geformuleerde kwalificatieuitsluitingsgrond niet beslissend was voor de beoordeling van het cassatieberoep.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

den. Bij gevallen waarin de rechter het gebrek of de lacune in de wetbepaling niet kan repareren of opvullen, gaat het veelal om situaties waarin uit de ontstaansgeschiedenis, de strekking of het systeem van de wet geen enkele aanwijzing is te putten dat de wetgever het gebrek of de lacune die de rechter meent te ontwaren, niet zou hebben gewild. Het is dan niet aan de rechter de wetgever een gebrek of lacune voor te houden.²²²

In zijn verdere betoog legt Van Amersfoort er de nadruk op dat de rechter zich behoort te onthouden van kritiek op de beleidskeuzes van de wetgever, dat de rechter geen verantwoordelijkheid draagt voor de kwaliteit van de wetgeving en dat de rechter ervoor dient te waken dat de eigen onafhankelijkheid, onbevangenheid en creativiteit niet in het gedrang komen. Alleen indien de rechter stuit op onoplosbare problemen, zou hij dat in zijn uitspraak moeten signaleren.²²³ Ik maak naar aanleiding hiervan enkele opmerkingen.

Vooropgesteld moet worden dat het onvermijdelijk is, juist omdat de wetgever en de rechter tezamen bepalen wat recht is, dat interferentie plaatsvindt tussen de activiteiten van de wetgever en de rechter. De keuzes die elk van hen maakt, hebben betekenis voor de werkzaamheden van de ander. Naarmate de wetgever meer gebruik maakt van vaag, open of ruim geformuleerde strafbaarstellingen, geeft hij de rechter meer speelruimte,²²⁴ en *vice versa*. Naargelang de rechter dergelijke strafbaarstellingen kritischer toetst aan het bepaaldheidsgebod of de reikwijdte van strafbaarstellingen op enigerlei wijze en in enigerlei mate beperkt, vindt de wetgever eerder aanleiding zich te beraden op de wenselijkheid van modificatie van die strafbaarstellingen. Er worden op dit vlak telkens afwegingen gemaakt en die afwegingen staan niet op zichzelf. Daar komt bij dat actieve bemoeienis van de rechter met de vormgeving van een strafbaarstelling, niet alleen zou kunnen worden gezien als bemoeienis met het werk van de wetgever, maar ook zou kunnen worden aangemerkt als een oprechte uiting van bezorgdheid dat de waarden die aan het legaliteitsbeginsel ten grondslag liggen, niet in het gedrang komen, en als communicatiemiddel teneinde de wetgever te informeren over de haken en ogen die aan een strafbaarstelling betrokken zijn.²²⁵

222. Van Amersfoort 2006, p. 198-199.

223. Van Amersfoort 2006, p. 198-200.

224. Vgl. Rijpkema 2001, p. 136: het hanteren van open normen kan worden beschouwd als delegatie van rechtsvormende bevoegdheid aan de rechter. Zie ook Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 19-20, 35-36.

225. Vgl. voor een vergelijkbare zienswijze (in een andere context, namelijk die van de rechterlijke toetsing aan grondrechten) Gerards 2008, p. 163, 173-175, 184-185. Vgl. voorts Rijpkema 2001, p. 181: 'Dat de rechtsvormende bevoegdheden van de rechter en van de wetgever gedeeltelijk overlappen, bevordert de mogelijkheid van de rechter en de wetgever om elkaars rechtsvormende activiteiten te controleren en te corrigeren.'

M.J. Borgers

Bovendien moet in het oog worden gehouden dat het niet altijd even gemakkelijk valt uit te maken of de rechter op de stoel van de wetgever is gaan zitten of dreigt te gaan zitten. Het achterwege laten van een kritische toetsing aan het bepaaldheidsgebod zou kunnen worden opgevat als een gepaste terughoudende opstelling van de rechter jegens de wetgever. De consequentie is evenwel dat de rechter de desbetreffende vage norm moet toepassen en daarom, vanwege de vaagheid van de norm, zelf handen en voeten moet geven aan de norm. Dat zou men evenzeer kunnen duiden als een actieve bemoeienis met de inhoud van de norm, waardoor de rechter feitelijk op de stoel van de wetgever gaat zitten. Men zou daarom met evenveel recht kunnen betogen dat het respect voor de eigen positie van de wetgever vergt dat indien de rechter geen chocola kan maken van een norm, dat hij er dan ook geen chocola van moet willen maken.

Los van dit alles geldt dat de suggesties die in paragrafen 4-7 zijn gedaan, er 'slechts' toe strekken dat de communicatie tussen wetgever en rechter meer accent krijgt. De taak van de rechter is en blijft de toepassing van het recht in concrete gevallen. Bij de uitoefening van die taak is het evenwel onvermijdelijk dat aan rechtsvorming wordt gedaan. Het is de wijze waarop die rechtsvorming gestalte krijgt, waar het om draait. Ook wil ik met het doen van deze suggesties niet zeggen dat de wetgever maar lui achterover kan gaan leunen door te volstaan met allerlei vage en open geformuleerde strafbaarstellingen en vervolgens te kijken hoe de rechter daar vorm aan geeft. De speelruimte die de rechter heeft, wordt immers eerst en vooral bepaald door de wetgever. Het is immers de wetgever die de bouwstenen voor de rechter aanlevert en het is afhankelijk van de vorm en de soliditeit van die bouwstenen tot welke constructies de rechter kan komen. Dit brengt met zich dat de wetgever bewuste keuzes dient te maken. Wordt gekozen voor nauwkeurig geformuleerde en gedetailleerde normstellingen – waarbij niet alleen de tekst van de strafbaarstelling van belang is, maar ook de omvang, de gedetailleerdheid en de kwaliteit van de toelichting – of wordt gekozen voor normen die meer flexibiliteit bieden? Indien voor het laatste wordt gekozen, aanvaardt de wetgever dat de rechter in veel sterkere mate dan in het eerste geval zal gaan verfijnen. Daarbij kan die verfijning ook tot resultaat hebben dat de reikwijdte van de norm in enigerlei mate wordt beperkt. Voorts is van belang dat, indien de rechter zich inspannt om te communiceren met de wetgever, er ook daadwerkelijk wordt geluisterd en, indien daartoe aanleiding bestaat, ook wordt gereageerd. Deze responsiviteit is reeds aangestipt aan het slot van paragraaf 8.2.

8.4.2 Een te intensieve bemoeienis met het werk van de wetgever?

Een tegenwerping zou ook kunnen zijn dat door te spreken van een communicatieproces dat bestaat uit het verschaffen van relevante informatie en

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

het afgeven van signalen, de zaken iets te rooskleurig worden voorgesteld, omdat enkele van de in paragrafen 4-7 gedane suggesties méér dan dat inhouden. Dat geldt vooral voor een kritischer toetsing aan het bepaaldheidsgebod en het aanbrengen van beperkingen in strafbaarstellingen. Dat betekent toch een tamelijk intensieve bemoeienis met het werk van de wetgever?

Allereerst moet worden opgemerkt dat door mij niet wordt bepleit dat de rechter zonder enige reserve strafbaarstellingen onverbindend verklaart of van een beperking voorziet. Het gaat er veeleer om dat de rechter vage normen zoveel mogelijk tracht te operationaliseren, zodat strijd met het bepaaldheidsgebod pas wordt aangenomen indien het gaat om een norm waaraan redelijkerwijs geen toepassing kan worden gegeven. Het aanbrengen van een beperking in de reikwijdte van een strafbaarstelling is eerst aan de orde in situaties waarin verschillende aanknopingspunten voorhanden zijn waaruit – meer of minder expliciet – blijkt dat een zekere beperking is beoogd of in elk geval passend is, gelet op de achtergronden en de strekking van de strafbaarstelling. Daarbij is het ook van belang dat de rechter in de motivering van de uitspraak helder tot uitdrukking brengt op welke gronden het aanbrengen van die beperking plaatsvindt. Mocht de wetgever zich onverhoopt niet in deze beslissing van de rechter kunnen vinden, dan staat het de wetgever vrij om met nieuwe wetgeving te komen waarin die beperking op enigerlei wijze teniet wordt gedaan. In dat opzicht is en blijft het laatste woord aan de wetgever.²²⁶

Dat neemt niet weg dat indien de rechter wel overgaat tot het onverbindend verklaren van een strafbaarstelling of het voorzien van een beperking in de reikwijdte van een strafbaarstelling, dat op zichzelf als een niet te miskennen gebaar kan worden opgevat. Een dergelijke stap zal inderdaad door de rechter niet zorgeloos worden gezet, omdat er vragen rijzen omtrent de (politieke) wenselijkheid van het resultaat of omdat de beoogde beslissing nadere afbakeningsvragen oproept.²²⁷ Mijn stelling is ook niet dat het voor de rechter altijd even aangenaam zal voelen om bezwaren ten aanzien van een strafbaarstelling te uiten. Dat hoeft ook niet: binnen de bestaande constitutionele verhoudingen zullen dergelijke uitingen wellicht altijd gepaard gaan met een zekere krampachtigheid.²²⁸ Maar feit is dat als

226. Zij het dat elk laatste woord weer nieuwe (interpretatie)vragen kan oproepen. In zoverre is sprake van een cyclisch proces.

227. Al kunnen dergelijke vragen ook rijzen indien juist geen beperking op de reikwijdte van een strafbaarstelling wordt aangenomen. Zie ter illustratie onderdeel 6 van de noot onder HR 7 oktober 2008, *NJ* 2009, 94.

228. Het bestek van dit preadvies laat geen ruimte voor nadere beschouwingen omtrent (de grenzen van) de rechtsvormende taak van de rechter in het licht van de constitutionele verhoudingen tussen wetgever en rechter. Zie voor een beknopt overzicht van de discussie Bovend'Eert 2009.

M.J. Borgers

de rechter de bezwaren die er wel zijn, toch maar niet uit, hij daarmee belangrijke informatie onthoudt aan de wetgever. En daarmee doet de rechter – om het nu maar even zwaar aan te zetten – de kwaliteit van de wet en het recht tekort. Wat dat betreft is enige kramp te verkiezen boven een deficit.²²⁹

8.4.3 Levert meer communicatie meer hoofdbrekens op?

Een andere tegenwerping zou kunnen zijn dat het inzetten op meer communicatie tussen rechter en wetgever alleen maar leidt tot allerlei vervolgvragen over de betekenis van vervolgstappen van de wetgever naar aanleiding van signalen die de rechter afgeeft. Stel dat de rechter een signaal afgeeft van de strekking dat een strafbaarstelling door de ruim gekozen opzet moeilijk toepasbaar is, maar dat daarop geen reactie van de zijde van de wetgever volgt. Welke betekenis heeft dan dat stilzwijgen? Mag de rechter daarin een rechtvaardiging vinden om (verder) te gaan ‘sleutelen’ aan de strafbaarstelling? Of is het juist een reden voor terughoudendheid? En wat nu indien in dezelfde situatie wel een reactie volgt – bijvoorbeeld in de vorm van een antwoord van de minister op een Kamervraag – waaruit blijkt dat de ruime reikwijdte – door de minister – wenselijk wordt geacht en dat geen wetswijziging geïndiceerd is? Heeft de rechter zich daarmee dan niet in een lastig parket gemanoeuvreed?

Het valt niet te ontkennen dat dergelijke vragen kunnen rijzen. De vraag is evenwel in hoeverre men hierin bezwaren moet zien tegen een meer communicatieve attitude van de rechter. Omdat wetgever en rechter nu eenmaal aan hetzelfde project werken – het bepalen wat recht is –, is het onvermijdelijk, hoe terughoudend of expressief de rechter zich ook opstelt, dat interactie plaatsvindt. Het is ook een feit dat er politieke aandacht bestaat voor de uitspraken die de rechter doet.²³⁰ Onder omstandigheden vindt er ook – indirect – politieke bemoeienis plaats met lopende strafzaken. Voorbeelden daarvan zijn de discussies die zijn gevoerd over (de beperkingen van) de strafrechtelijke immuniteit van lagere overheden, naar aanleiding van het eerste Pikmeerarrest en in aanloop naar het tweede Pikmeerarrest,²³¹ alsmede het parlementaire debat in het kader van de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, waarin de

229. Vgl. in dit verband ook Loth 2010, p. 1038. Wellicht zou men de zwakte ook kunnen omzetten in een kracht. In plaats van een krampachtige afbakening van elkaars positie is het ook denkbaar dat wetgever en rechter (samen met anderen) de handen ineenslaan om problemen in de regelgeving met elkaar te bespreken. Zie het aansprekende voorstel voor een Periodiek Overleg Rechtsvormers (POR), zoals uitgewerkt door Giesen & Schelhaas 2006 en Giesen 2007, p. 135-137.

230. Een alweer wat oudere studie hierover is die van Groenendijk 1991.

231. Zie HR 23 april 1996, *NJ* 1996, 513 m.nt. ‘tH en HR 6 januari 1998, *NJ* 1998, 367 m.nt. JdH.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

toen spelende Brongersma-zaak aanleiding voor en onderwerp van debat is geweest.²³² In deze kwesties heeft de Hoge Raad het verloop en de uitkomst van de politieke debatten betrokken in zijn oordeelsvorming.²³³

Op zichzelf levert dit geen problematische situatie op. Van de rechter mag worden verwacht dat hij zich responsief toont ten opzichte van het politieke debat, zeker indien de rechter zelf de aandacht vraagt van de wetgever. Dat betekent evenwel niet dat elke politieke uitlating – of juist het uitblijven daarvan – ook relevant is voor de rechterlijke interpretatiearbeid. Van belang voor de rechter zijn vooral die politieke handelingen waaruit brede consensus blijkt over een bepaalde juridische kwestie.²³⁴ Bovendien heeft de rechter zich telkens de vraag te stellen of bij de interpretatie van de wet wel ruimte bestaat om met dergelijke consensus rekening te houden. Hoewel het hier gaat om complexe interpretatievragen,²³⁵ is er geen reden om de beantwoording van die vragen niet aan de rechter toe te vertrouwen. Wanneer het rekening houden met politieke consensus zou leiden tot resultaten die de verdachte niet heeft kunnen voorzien, zou het leerstuk van de rechtsdwaling zodanig kunnen worden toegepast dat een voor de verdachte onredelijke uitkomst wordt vermeden.²³⁶

Een relativerende kanttekening is nog dat niet elke kwestie waar de rechter aandacht voor vraagt, ook een politiek spectaculaire kwestie zal zijn. Vaak zal het gaan om – vanuit politiek oogpunt gezien – betrekkelijk technisch-juridische kwesties, die eerst en vooral voorwerp van discussie zullen zijn binnen de afdeling Wetgeving van het ministerie van Veiligheid en Justitie. Daarmee is tevens gezegd dat communicatie tussen wetgever en rechter kan bevorderen dat aandacht wordt besteed aan onderwerpen die anders in de politieke waan van de dag zouden verdwijnen.²³⁷

232. Zie HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 167 m.nt. Sch.

233. Genoemd kan ook nog worden het parlementaire debat naar aanleiding van de uitleg in HR 6 maart 1990, *NJ* 1990, 667 m.nt. 'tH van 'een afbeelding van een seksuele gedraging' in artikel 240b Sr (kinderpornografie). In latere rechtspraak refereert de Hoge Raad aan de desbetreffende kamerstukken, zie onder andere HR 11 april 2006, *LJN* AV4193. Overigens kan hier de vraag worden gesteld of het parlementaire debat voor meer duidelijkheid, of juist voor meer verwarring, heeft gezorgd. Zie daarover de uitvoerige conclusie van A-G Knigge voor HR 7 december 2010, *LJN* BO6446.

234. Vgl. Rijpkema 2001, p. 202.

235. Vgl., met nadere verwijzingen, over de betekenis van politieke uitlatingen over reeds geldende wettelijke normen Rijpkema 2001, p. 199-200 en Borgers 2003, p. 61-62. Zie voorts, onder andere over de betekenis van het stilzwijgen van de wetgever, Rozemond 2008, p. 15.

236. Onder omstandigheden kan ook worden gedacht aan rechterlijk overgangsrecht. Vgl. voor een nadere beschouwing aan de hand van de positie van de arts in het geval van levensbeëindigend handelen, Pans 2003.

237. Vgl. Polak 1976, p. 8: 'Bij de economie leerden wij dat slecht geld goed geld verjaagt, in de politiek, zo leerde mij de ervaring, verdrijven actuele problemen steeds weer die op de lange termijn. Wetgeving over echt juridische onderwerpen betreft slechts zelden urgente aangelegenheden. Reeds hierdoor komt ze niet aan bod.'

M.J. Borgers

8.5 Kortom: van basismodel naar interactiemodel

Het legaliteitsbeginsel vormt een rustig bezit in het strafrecht, zo is aan het begin van dit preadvies geconstateerd. Aan het einde van dit preadvies is er geen reden om daar anders tegenaan te kijken. Dat het legaliteitsbeginsel een 'hoeksteen van de strafrechtspleging'²³⁸ is, staat niet ter discussie. Dat ligt anders met betrekking tot de vraag welke betekenis het legaliteitsbeginsel heeft voor de verhouding tussen wetgever en rechter. Ik meen te mogen concluderen dat de realisatie van de waarden die het legaliteitsbeginsel in het strafrecht beoogt te beschermen – rechtszekerheid, voorzienbaarheid en rechtsbescherming –, eerst en vooral een interactief proces vergt tussen wetgever en rechter, langs de hiervoor beschreven lijnen.

Het besproken interactiemodel biedt een denkraam waarbinnen de actuele betekenis van het legaliteitsbeginsel op het terrein van het (materiële) strafrecht kan worden geduid. De interactionistische benadering gaat niet uit van de legistisch georiënteerde zienswijze van het in paragraaf 2 besproken basismodel, maar neemt tot uitgangspunt dat het recht en dus ook het (materiële) strafrecht als een 'open systeem' moet worden beschouwd waarin het toepassingsbereik van de wet mede afhankelijk is van de berechting van concrete gevallen door de rechter. Tegelijkertijd is de interactionistische benadering erop gericht de waarden te realiseren die het legaliteitsbeginsel beoogt te beschermen. Dat het strafrecht als 'open systeem' wordt beschouwd, betekent dan ook niet dat geen belang meer zou (moeten) worden gehecht aan het aanvaarden van zekere restricties ten aanzien van het toepassingsbereik van de strafwet. Men dient zich evenwel te beseffen dat dit resultaat niet wordt bereikt door ervan uit te gaan dat de strafrechter in essentie niets anders doet en ook niet anders mag en moet doen dan het toepassen van de wet. Veeleer dient de rechter zich van verschillende 'technieken' te bedienen waarmee de betekenis van wettelijke normen wordt geconcretiseerd en, waar nodig, van beperkingen wordt voorzien. Eveneens dient een reële mogelijkheid te bestaan voor de betrokkene om zich te disculperen indien strafrechtelijke aansprakelijkheid redelijkerwijs niet was te voorzien, teneinde te voorkomen dat het risico van onduidelijkheden in het recht volledig op het bord van de burger belandt. Dit alles vergt een meer concrete wijze van toetsing aan het bepaaldheidsgebod, het verschaffen van concrete aanknopingspunten voor de uitleg van strafbaarstellingen, het duidelijk benoemen van de vragen die bij de uitleg van strafbaarstellingen rijzen, het expliciteren van casuïstische argumentaties, het aanbrengen van beperkingen in de reikwijdte van strafbaarstellingen in gevallen waarin de tekst van een strafbaarstelling te ruim is in het licht van de ratio daarvan, en het hanteren van een evenwichtige benade-

238. Kristen 2010a, p. 645.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

ring van het leerstuk van rechtsdwaling. Daarnaast, of beter gezegd: in combinatie daarmee, is een goede communicatie tussen wetgever en rechter van groot belang. Die communicatie kan ook buiten vonnissen en arresten plaatsvinden, bijvoorbeeld door middel van jaarverslagen.

Binnen dit interactiemodel spelen wetgever en rechter beide een belangrijke rol. Niettemin stelt de titel van dit preadvies – ‘de communicatieve strafrechter’ – de rechter centraal. De reden daarvoor is tweërlei. Allereerst is het vooral de rechter die de interactie op gang brengt. Ook al mag van de wetgever een responsieve opstelling worden verlangd, het is de rechter die – door het delen van zijn gebruikerservaringen – het initiatief neemt en ook zou moeten nemen. De titel van dit preadvies refereert aan de gewenste bereidheid van de strafrechter om die communicatieve houding aan te nemen op het moment dat daartoe aanleiding bestaat, en op de wijze zoals in dit preadvies geschetst. De tweede reden om de rechter centraal te stellen, is dat het uiteindelijk de rechter is die in laatste instantie moet waarborgen – aan de hand van de hiervoor genoemde technieken – dat de rechtszekerheid en rechtsbescherming van de burger alsmede de voorzienbaarheid niet in het gedrang komen.

9 Tot slot

Met de voorgaande beschouwingen over het interactiemodel heb ik beoogd een bijdrage te leveren aan de discussie over de actuele betekenis van het legaliteitsbeginsel voor het materiële strafrecht. Het interactiemodel zou ook in verband zou kunnen worden gebracht met andere gebieden van en thema's binnen het strafrecht. Ter afsluiting van dit preadvies maak ik daarover drie opmerkingen.

Allereerst is interactie tussen wetgever en rechter niet uitsluitend van belang op het terrein van het materiële strafrecht. Hoewel het legaliteitsbeginsel zich ook uitstrekt tot het strafprocesrecht, bestaat op dat terrein meer ruimte voor ‘buitenwettelijk’, door de rechter gecreëerd recht dan in het materiële strafrecht. Waar het gaat om de uitoefening van bevoegdheden die inbreuk maken op grondrechten, is een (betrekkelijk) nauwkeurige wettelijke grondslag geboden. Ten aanzien van andere onderdelen van het strafprocesrecht – denk aan het verloop van de strafprocedure of het bewijsrecht – reikt de polsstok van de rechter echter een stuk verder. Maar ook dan kan de vraag zich opdringen of een bepaald probleem het beste door de rechter dan wel door de wetgever kan worden opgelost.²³⁹

In paragraaf 8.3 is een arrest aangehaald waarin de Hoge Raad, na eerder die mogelijkheid te hebben afgewezen, toestaat dat een advocaat een

239. Zie hierover de doorwrochte beschouwing van Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 8-38.

M.J. Borgers

rechtsmiddel instelt door middel van een brief of fax, in welk verband de Hoge Raad ook nader uiteenzet welke formaliteiten hierbij in acht moeten worden genomen.²⁴⁰ Deze beslissing is ingegeven door een duidelijke discrepantie tussen enerzijds de tekst van de wet en anderzijds de toelichting op een in dit verband relevante recente wetswijziging. Ook al past de Hoge Raad zelf een mouw aan het geconstateerde probleem, de Hoge Raad is van oordeel dat eigenlijk niet hij, maar de wetgever verantwoordelijk is voor adequate regelgeving. De Hoge Raad overweegt daarom 'dat het aanbeveling verdient dat de wetgever ter zake voorziet in een duidelijke en houvast biedende, bij zijn bedoelingen aansluitende wettelijke regeling omdat de wijze van aanwenden van rechtsmiddelen in strafzaken direct uit de wet moet kunnen worden afgeleid'. Dit is een voorbeeld van een interactionistische benadering die in meer gevallen geïndiceerd is. Zo zou de Hoge Raad bij de wetgever onder de aandacht kunnen brengen dat er goede argumenten zijn om een nadere wettelijke regeling in het leven te roepen met betrekking tot het inzetten van lokmiddelen ten behoeve van de opsporing, ook al kan in artikel 2 Politiewet en/of artikel 141 en 142 Sv (in veel situaties) reeds een toereikende wettelijke grondslag worden gevonden.²⁴¹

Ten tweede wijs ik op de toenemende Europese invloed op het Nederlandse straf(proces)recht. Bij de implementatie van Europese kaderbesluiten en richtlijnen is de vrijheid van de wetgever beperkt. Weliswaar zijn de lidstaten vrij in de keuze van vorm en middelen, maar deze rechtsinstrumenten zijn verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat.²⁴² Daarbij heeft de Commissie een voorkeur voor een zo letterlijk mogelijke omzetting van kaderbesluiten en richtlijnen.²⁴³ Op grond van Europese regelgeving kan aldus op de Nederlandse wetgever de verplichting komen te rusten om vaag, open of ruim geformuleerde strafbaarstellingen te introduceren.²⁴⁴ Voor de strafrechter geldt dat hij verplicht is om het nationale recht zoveel mogelijk in overeenstemming met het Europese recht uit te leggen. Die verplichting geldt ook indien de wetsgeschiedenis – en dus de bedoeling van de nationale wetgever – in een andere richting wijst dan het resultaat dat met de conforme interpretatie wordt bereikt.²⁴⁵

Deze Europese invloed op het strafrecht doet, juist ook in relatie tot het legaliteitsbeginsel, tal van vragen rijzen.²⁴⁶ Hoe streng mag de rechter een

240. HR 22 december 2009, *NJ* 2010, 102 m.nt. M.J. Borgers.

241. Zie nader onderdeel 6 van mijn noot onder HR 20 januari 2009, *NJ* 2009, 225.

242. Vgl. artikel 34 lid 2 EU-Verdrag (oud), artikel 249 EG-Verdrag (oud) en artikel 288 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

243. Zie nader Borgers 2006.

244. Zie ook paragraaf 3.1.

245. Vgl. onder andere HvJ EG 29 april 2004, zaak C-371/02, Björnekulla Fruktindustrier, *Jur.* 2004, p. I-5791.

246. Vgl. ook Kristen 2010a, p. 644-645.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

delictsomschrijving toetsen aan het bepaaldheidsgebod indien de wetgever feitelijk geen mogelijkheid heeft gehad om voor een andere formulering te kiezen? Hoe kan de rechter, gegeven de Europese herkomst, concrete aanknopingspunten verschaffen voor de uitleg van de norm? Staat het de rechter vrij om beperkingen aan te brengen in de reikwijdte van delictsomschrijvingen? Wat is de betekenis van de doorwerking van het Europese recht wanneer het gaat om de beoordeling van een beroep op rechtsdwaling?²⁴⁷ Op de antwoorden op deze vragen kan hier niet nader worden ingegaan. Wel is het van belang erop te wijzen dat ook in de context van de invloed van het Europese recht op het Nederlandse strafrecht een interactionistische benadering betekenis heeft. Wanneer de rechter de wetgever attendeert op knelpunten bij de toepassing van strafbepalingen, zou dat voor de wetgever aanleiding kunnen zijn om die knelpunten ook op Europees niveau kenbaar te maken (bijvoorbeeld in het kader van een evaluatie van de implementatie van het desbetreffende rechtsinstrument). Gebruikerservaringen van nationale rechters zouden zodoende aanleiding kunnen geven voor heroverweging en bijstelling van regelgeving op Europees niveau. Evenzeer van belang is dat de nationale rechter zich richt tot het Hof van Justitie van de Europese Unie, hetgeen mogelijk is door het stellen van prejudiciële vragen. Knelpunten bij de toepassing van delictsomschrijvingen met een Europese herkomst kunnen aanleiding zijn voor het stellen van dergelijke vragen, gegeven het feit dat het legaliteitsbeginsel ook een beginsel van Unierecht is.²⁴⁸

Tot slot kan worden gewezen op de voorstellen van de commissie-Hammerstein, die er – kort gezegd – toe strekken dat de Hoge Raad in de nabije toekomst meer tijd kan besteden aan zaken die vanuit het perspectief van rechtsbescherming, rechtseenheid en rechtsvorming er werkelijk

247. In een arrest van de fiscale kamer brengt de Hoge Raad naar voren dat de burger bedacht dient te zijn op de invloed van het Europese recht: 'Het beginsel van de rechtszekerheid verlangt (...) niet dat de justitiabele die reden vindt zich nader te oriënteren omtrent de betekenis en reikwijdte van de wettelijke bepaling, met voorbijgaan aan het bepaalde in artikel 249 EG moet kunnen afdaan op uitsluitend de gevolgtrekkingen die hij meent te kunnen baseren op toelichtingen en uitspraken die zijn gegeven of gedaan in het proces van het tot stand brengen van de wettelijke regeling. Dit is slechts anders indien in zulke toelichtingen of uitspraken ondubbelzinnig uitdrukking is gegeven aan de welbewuste bedoeling om de nationale regeling te doen afwijken van hetgeen waartoe de richtlijn zou verplichten of de vrijheid zou laten.' Zie HR 10 augustus 2007, *AB* 2007, 291 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven. Vgl. ook HvJ EG 5 juli 2007, zaak C-321/05, *Kofoed*, *Jur.* 2007 p. I-5795, overweging 45.

248. Vgl. onder andere HvJ EG 3 mei 2007, zaak 303/05, *Advocaten voor de Wereld*, *Jur.* 2007, p. I-3633, overweging 49. Zie voorts artikel 49 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

M.J. Borgers

toe doen.²⁴⁹ In de voorstellen wordt onder andere voorzien in een stroomlijning van de cassatieprocedure, waardoor beroepen waarin kansloze klachten of klachten die maar weinig om het lijf hebben, naar voren worden gebracht, zo snel mogelijk uit het systeem kunnen worden gefilterd. De voorstellen van de commissie-Hammerstein hebben in die zin geen rechtstreekse betekenis voor de in dit preadvies besproken interactionistische benadering, dat voor (meer) interactie en communicatie tussen wetgever en rechter de invoering van deze voorstellen geen noodzakelijke voorwaarde is. Dat neemt niet weg dat zaken die aanleiding geven tot enigerlei vorm van interactie tussen wetgever en rechter, vrijwel altijd zaken zullen zijn die vanuit het perspectief van rechtsbescherming, rechtseenheid en rechtsvorming er werkelijk toe doen. Wanneer aan deze zaken meer tijd en aandacht kan worden besteed, komt dat ook de interactie tussen wetgever en rechter ten goede.

Aangehaalde literatuur

Adams 2009

M. Adams, 'Toekomstmuziek bij de Hoge Raad: waarom geen jaarverslagen *à la française*?', *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 1439-1443

Alink & Wiarda 2010

M. Alink & J. Wiarda, 'Materieelrechtelijke aspecten van mensenhandel in het Nederlands strafrecht', in: *Materieelrechtelijke aspecten van mensenhandel. Preadviezen 2010. Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: BJu 2010, p. 175-256

Van Amersfoort 2006

P.J. van Amersfoort, 'Kanttekeningen bij de terugkoppeling van rechter naar wetgever', *Regelmaat* 2006, p. 197-202

249. Hammerstein 2008. Zie voor over deze voorstellen uitvoerig nader Hol, Giesen & Kristen 2011. Net voor afronding van dit preadvies is het wetsvoorstel versterking cassatierechtspraak verschenen onder kamerstuknummer 32 576. In lijn met de voorstellen van de commissie-Hammerstein wordt voorgesteld te voorzien in de bevoegdheid om een cassatieberoep niet ontvankelijk te verklaren 'wanneer de aangevoerde klachten geen behandeling in cassatie rechtvaardigen, omdat de partij die het cassatieberoep instelt klaarblijkelijk onvoldoende belang heeft bij het cassatieberoep of omdat de klachten klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden' (artikel 80a lid 1 RO-nieuw).

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

Baaijens-van Geloven 2005

Y.G.M. Baaijens-van Geloven, 'Is psychische mishandeling strafbaar?', in: A. Harteveld, D.H. de Jong & E. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling (Knigge-bundel)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 5-22.

Bleichrodt 2006

F.W. Bleichrodt, 'Freedom from retrospective effect of penal legislation (Article 7)', in: P. van Dijk, F. van Hoof e.a. (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 651-662

Bokhorst 2000

R.J. Bokhorst, 'Legisme versus vrije rechtsvinding', *Delikt & Delinkwent* 2000, p. 311-335

Borgers 2003

M.J. Borgers, 'Wetshistorische interpretatie in de strafrechtspraak', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen (De Hullu-bundel)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 51-69

Borgers 2004

M.J. Borgers, 'De grenzen van het Rijk in Europa en de grenzen van de interpretatievrijheid van de strafrechter', *Delikt & Delinkwent* 2004, p. 590-601

Borgers 2006

M.J. Borgers, 'Europese normen voor de implementatie van kaderbesluiten', in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Implementatie van kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 5-37

Borgers 2008a

M.J. Borgers, 'Redelijke wetsuitleg en strafrechtelijke aansprakelijkheid', *Ars Aequi* 2008, p. 229-236

Borgers 2008b

M.J. Borgers, 'Legaliteit en wetsinterpretatie in het materiële strafrecht', in: A.A. Franken, M. de Langen & M. Moerings (red.), *Constante waarden (Liber Amicorum Constantijn Kelk)*, Den Haag: BJu 2008, p. 193-202

Bovend'Eert 2009

P.P.T. Bovend'Eert, 'Wetgever, rechter en rechtsvorming', *RM Themis* 2009, p. 137-145

M.J. Borgers

Brouwer 2003

P.W. Brouwer, 'Beginnelsen van legaliteit', *RM Themis* 2003, p. 64-77

Buruma 2001

Y. Buruma, *Buitengewone opsporingsmethoden*, Deventer: Tjeenk Willink 2001

Claes 2003

E. Claes, *Legaliteit en rechtsvinding in het strafrecht*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2003

Claes 2004

E. Claes, 'Legaliteit, rechtszekerheid en democratie in het strafrecht', in: M. Adams & P. Popelier (red.), *Recht en democratie*, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 381-422

Cleiren 2008

C.P.M. Cleiren, 'Het legaliteitsbeginsel', in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos & M.A.H. van der Woude (red.), *Jurisprudentie strafrecht select*, Den Haag: Sdu 2008, p. 285-306

Cromheecke & Dhont 2004

M. Cromheecke & F. Dhont, 'Artikel 7. Geen straf zonder wet', in: J. Vande Lanotte & Y. Haeck (red.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze Commentaar. Volume I*, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 653-704

Davids 2006

W.J.M. Davids, 'Communicatie tussen wetgevende en rechterlijke macht', *Nederlands Juristenblad* 2006, p. 2237-2241

Dolman 2004

M.M. Dolman, 'Actus regit locum? Over legaliteit, rechtsmacht en "prospectieve overruling"', *Delikt & Delinkwent* 2004, p. 231-245

Duker 2007

M.J.A. Duker, 'De reikwijdte van het belagingsartikel', *RM Themis* 2007, p. 141-154

Duker 2010

M.J.A. Duker, 'Toetsing van de opportuniteit van vervolging door de zittingsrechter', *Trema* 2010, p. 238-243

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

Farrelly 2008

C. Farrelly, 'The Institutional Theory of Legal Interpretation', *University of Toronto Law Journal* 2008, p. 217-232

Franken 2006

A.A. Franken, 'Casuïstiek en legaliteit in het materieel strafrecht', *Delikt & Delinkwent* 2006, p. 949-958

Gerards 2008

J.H. Gerards, 'Wisselwerking tussen wetgever en rechter – naar een betere dialoog?', in: R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 161-194

Giesen & Schelhaas 2006

I. Giesen & H.N. Schelhaas, 'Samenwerking bij rechtsvorming', *Ars Aequi* 2006, p. 159-172

Giesen 2007

I. Giesen, 'Alternatieve regelgeving en privaatrecht', in: *Alternatieve regelgeving. Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2007-I*, Deventer: Kluwer 2007

Gooren & Moerings 2010

J.C.W. Gooren & L.M. Moerings, 'Seksuele contacten onder jongeren. Wanneer strafrechtelijk relevant?', in: G.K. Schoep, C.P.M. Cleiren, J.P. van der Leun & P.M. Schuyt (red.), *Vervlechting van domeinen*, Deventer: Kluwer 2010, p. 103-111

Groenendijk 1991

C.A. Groenendijk, 'Parlementaire reacties op rechterlijke uitspraken: democratische controle op aanvullende regelgevers', in: G.J.M. Corstens e.a. (red.), *Met hoofd en hart (Leijten-bundel)*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 67-85

Groenhuijsen 1987

M.S. Groenhuijsen, *Straf en wet*, Arnhem: Gouda Quint 1987

Groenhuijsen & Wiemans 1989

M.S. Groenhuijsen & F.P.E. Wiemans, *Van electriciteit naar computercriminaliteit*, Arnhem: Gouda Quint 1989

Groenhuijsen & Kristen 2001

M.S. Groenhuijsen & F.G.H. Kristen, 'Het Bestimmtheitsgebot bepaald', *Delikt & Delinkwent* 2001, p. 330-346

M.J. Borgers

Groenhuijsen 2003

M.S. Groenhuijsen, 'Enkele aspecten van rechterlijk overgangsrecht en "prospective overruling" in het straf(proces)recht', in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen (De Hullu-bundel)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 185-202

Groenhuijsen & Knigge 2004

M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, 'Afronding en verantwoording. Algemeen deel', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 3-185

Hammerstein 2008

Commissie normstellende rol Hoge Raad, *Versterking van de cassatierechtspraak*, Den Haag 2008

Haverkate 2008

G.C. Haverkate, 'Bereik en toepassing van de Nederlandse strafbepalingen inzake witwassen', in: F. Deruyck & G.C. Haverkate, *Witwassen in België en Nederland*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 3-64

Hol, Giesen & Kristen 2011

A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025*, Den Haag: BJu 2011

De Hullu & Van der Neut 1991

J. de Hullu & J.L. van der Neut, 'Zedelijkheidswetgeving', *Nederlands Juristenblad* 1991, p. 389-396

De Hullu 2000

J. de Hullu, 'Meer rechtsvorming in het strafrecht?', *Nederlands Juristenblad* 2000, p. 717-718

De Hullu 2009

J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009

Jansen 2006

C.J.H. Jansen, 'Enige beschouwingen over het "nieuwe" strafrechtsdenken in de jaren dertig van de 20^e eeuw aan de hand van het legaliteitsbegin-sel', *Delikt & Delinkwent* 2006, p. 415-431

Jescheck & Weigend 1996

H.-H. Jescheck & Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin: Duncker & Humblot 1996

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

Van Kempen 2003

P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Waarborgen tegen de ontwrichtende werking van Eurostrafrecht', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende Schalen (De Hullu-bundel)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 247-266

Van Kempen 2008

P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008

Keulen 2009

B.F. Keulen, 'Over voetbal, voorbereiding en samenspanning', *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 1897-1901

Van Klink & Royakkers 1998

B. van Klink & L. Royakkers, 'Enkele kanttekeningen bij de strafbaarstelling van stalking', *Delikt & Delinkwent* 1998, p. 630-643

Van Klink 2001

B.M.J. van Klink, 'Rechtsvinding en rechtszekerheid in het strafrecht', in: Erik-Jan Broers & Bart van Klink (red.), *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag: BJu 2001, p. 197-220

Van Klink 2010

B.M.J. van Klink, *Rechtsvormen*, Den Haag: BJu 2010

Kool 1992

R.S.B. Kool, 'Ontucht(ig): een rechtsonzeker begrip?', *Delikt & Delinkwent* 1992, p. 251-269

Kool 1999

R.S.B. Kool, 'Verkrachting en legaliteit', in: M. Moerings, C.M. Pelser & C.H. Brants (red.), *Morele kwesties in het strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 157-169

Korvinus, Koster & De Jonge van Ellemeet 2006

D. Korvinus, D. Koster & H. de Jonge van Ellemeet, 'Mensenhandel: het begrip uitbuiting in art. 273a Sr', *Trema* 2006, p. 286-290

Krabbe & Wedzinga 1998

H.G.M. Krabbe & W. Wedzinga, 'Belaging in wetsontwerp 25 768', *Delikt & Delinkwent* 1998, p. 215-233

M.J. Borgers

Van Kreveld 2006

J.H. van Kreveld, 'Terugkoppelen vanuit de rechtspraak naar de wetgever', *Regelmaat* 2006, p. 186-196

Kristen 2010a

F.G.H. Kristen, 'Het legaliteitsbeginsel in het strafrecht', *Ars Aequi* 2010, p. 641-645

Kristen 2010b

F.G.H. Kristen, 'Maatschappelijk verantwoord ondernemen en strafrecht', in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging* 2010-I, Deventer: Kluwer 2010, p. 121-189

Van der Landen 1994

D. van der Landen, 'Aanranding en verkrachting', *Delikt & Delinkwent* 1994, p. 553-567

Lestrade & Ten Kate 2009

S. Lestrade & W. ten Kate, 'De strafbaarstelling van "overige uitbuiting" binnen mensenhandel', *NJCM* 2009, p. 852-870

Loth 1999

M.A. Loth, 'Verloren zekerheid. Over vertrouwen en rechtszekerheid in het strafrecht', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 1999, p. 209-221

Loth 2009

M.A. Loth, 'Op de bres voor rechtszekerheid', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2009, p. 17-26

Loth 2010

M.A. Loth, 'De taak van de strafrechter in de punitieve rechtsorde', *Nederlands Juristenblad* 2010, p. 1034-1039

Machielse 1992

A.J.M. Machielse, 'De nieuwe zedendelicten', *Delikt & Delinkwent* 1992, p. 715-731

Malsch 2004

M. Malsch, *De Wet Belaging*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004

Mevis 2000

P.A.M. Mevis, 'Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht', in: P.C. Bogert & T.

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 1-36

Mulder 1987

G.E. Mulder, 'Vage normen', in: Ch.J. Enschede e.a. (red.), *Naar eer en geweten (Remmelink-bundel)*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 409-427

Murphy 2010

C.C. Murphy, 'The Principle of Legality in Criminal Law under the ECHR', *European Human Rights Law Review* 2010, p. 192-207

Noyon-Langemeijer-Remmelink (losbladig)

T.J. Noyon, G.E. Langemeijer & J. Remmelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, bewerkt door J.W. Fokkens & A.J.M. Machielse, Deventer: Kluwer z.j. (losbladig)

Opzoomer 1873

C.W. Opzoomer, *Aanteekening op de Wet, houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk*, Amsterdam: J.H. Gebhard & Comp. 1873

Pans 2003

E. Pans, 'De Hoge Raad en de onzekere arts', *Nederlands Juristenblad* 2003, p. 870-877

Peek 2009

J.H. Peek, 'Zwart geld hebben is witwassen maar zwart geld "witten" niet', *Tijdschrift voor Formeel Belastingrecht* 2009, nr. 5, p. 20-27

Pelser 1999

C.M. Pelser, 'De morele verplichting van de overheid om inbreuken op de persoonlijke levenssfeer strafbaar te stellen', in: M. Moerings, C.M. Pelser & C.H. Brants (red.), *Morele kwesties in het strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 217-243

Polak 1976

C.H.F. Polak, 'Hulp voor de wetgever', in: *Handelingen 1976 der Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 2*, Zwolle: Tjeenk Willink 1976, p. 7-14

Polak 1987

J.M. Polak, 'Algemene inleiding', in: *De rechter als dictator?*, Lochem: Van den Brink 1987, p. 11-43

M.J. Borgers

De Poorter & Van Roosmalen 2009

J.C.A. de Poorter & H.J.Th.M. van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming*, Den Haag: Raad van State 2009

Remmelink 1996

J. Remmelink, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996

Rijkema 2001

P. Rijkema, *Rechttersrecht*, Den Haag: BJu 2001

Röling 1937

B.V.A. Röling, 'Prae-advies', in: *Analogische toepassing van strafbepalingen*, Leiden: E.J. Brill 1937, p. 1-34

Royakkers & Van Klink 1998

L.M.M. Royakkers & B.M.J. van Klink, 'Stalking: van media-hype tot juridische categorie', in: L.M.M. Royakkers & A. Sarlemijn (red.), *Stalking strafbaar gesteld*, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 1-20

Rozemond 1999

K. Rozemond, 'Legaliteit in het materiële strafrecht', *RM Themis* 1999, p. 117-130

Rozemond 1998

K. Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding*, Deventer: Gouda Quint 1998

Rozemond 2000

K. Rozemond, 'Voorafgaande beschouwingen in de strafrechtspraak van de Hoge Raad', *Nederlands Juristenblad* 2000, p. 706-712

Rozemond 2006

K. Rozemond, *De methode van het materiële strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006

Rozemond 2007a

K. Rozemond, 'De casuïstische grenzen van het materiële strafrecht', *Delikt & Delinkwent* 2007, p. 465-495

Rozemond 2007b

K. Rozemond, 'Chabot en de terugwerkende kracht van de rechterlijke beslissing', in: R. Janse e.a. (red.), *Rechtsfilosofische annotaties*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007, p. 94-96

Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?

Rozemond 2008

N. Rozemond, 'De rechtsvindingsleemte in het strafrecht', *RM Themis* 2008, p. 13-18

Sackers 2007

H.J.B. Sackers, 'De erosie van de geschreven gedraging', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis & G. van Roermund (red.), *De gedraging in beweging*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 125-141

Schauer 2009

F. Schauer, *Thinking like a lawyer*, Cambridge/London: Harvard University Press 2009

Scholten 1974

P. Scholten, *Algemeen deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1974

Simmelink 1991

J.B.H.M. Simmelink, 'Het RVV 1990, niet iedere verandering is ook een verbetering', in: C.J.G. Bleichrodt & J.P. Scheffer (red.), *Het RVV 1990 en het BABW*, Lochem: Van de Brink & Co 1991, p. 21-61

Simmelink 1995

J.B.H.M. Simmelink, *Algemeenheden in het wegenverkeersrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995

Smidt 1891

H.J. Smidt/J.W. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Tweede deel*, Haarlem: Tjeenk Willink 1891

Strikwerda 1974

L. Strikwerda, 'Art. 11 AB: middel om de rechter in het rechte spoor te houden?', *Ars Aequi* 1974, p. 1-17

Vellinga-Schootstra & Vellinga 2008

F. Vellinga-Schootstra & W.H. Vellinga, *'Positive obligations' en het Nederlandse straf(proces)recht*, Deventer: Kluwer 2008

Verheijen 2006

E.A.M. Verheijen, *Nederlandse strafrechtelijke waarden in de context van de Europese Unie*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006

Vermeule 2006

A. Vermeule, *Judging under Uncertainty*, Cambridge: Harvard University Press 2006

M.J. Borgers

Visser 2001

M.J.C. Visser, *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001

Vranken 1995

J.B.M. Vranken, *Algemeen deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995

Vranken 2005

J.B.M. Vranken, *Algemeen deel, een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005

Vranken 2011

J.B.M. Vranken, 'Taken van de Hoge Raad en zijn Parket in 2025', in: A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025*, Den Haag: BJu 2011, p. 29-46

De Waard 1994

B.W.N. de Waard, *Samenwerkende machten*, Zwolle: Tjeenk Willink 1994

Waldron 2010

J. Waldron, 'Vagueness and the Guidance of Action', *New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper No. 10-81*

De Wilde 2001

B. de Wilde, 'Geoorloofde interpretatie of schending van het legaliteitsbeginsel?', *Delikt & Delinkwent* 2001, p. 1160-1168

Van Willigenburg 2010

K. van Willigenburg, 'Casuïstiek en scherpe normen in het materiële strafrecht', ongepubliceerd concept, december 2010

Witteveen 2001

W.J. Witteveen, *De geordende wereld van het recht*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011